

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

BACHARELADO EM DIREITO

ALUANA CHAVEGATTO DA CUNHA E SILVA

***AGGRAVATED DAMAGES, PUNITIVE DAMAGES* E A FUNÇÃO PUNITIVA NO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

FLORIANÓPOLIS

2016

Aluana Chavegatto da Cunha e Silva

***AGGRAVATED DAMAGES, PUNITIVE DAMAGES* E A FUNÇÃO PUNITIVA NO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, como parte dos requisitos para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador Guilherme Henrique Lima
Reinig**

Co-orientador Mark Pickersgill Walker

Florianópolis

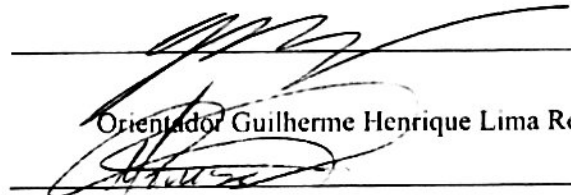
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

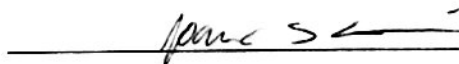
TERMO DE APROVAÇÃO

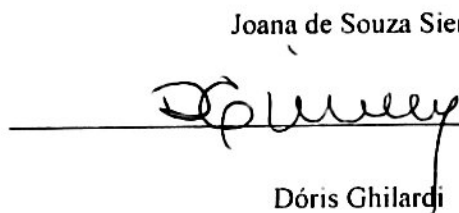
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "*AGGRAVATED DAMAGES, PUNITIVE DAMAGES E A FUNÇÃO PUNITIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO*", elaborado pelo(a) acadêmico(a) Aluana Chavegatto da Cunha e Silva, defendido em 05/12/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de Dezembro de 2016.


Orientador Guilherme Henrique Lima Reinig

Co-orientador Mark Pickersgill Walker


Joana de Souza Sierra


Dóris Ghilardi



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Aluana Chavegatto da Cunha e Silva

RG: 39266895-6

CPF: 40993631800

Matrícula: 12101389

Título do TCC: "*AGGRAVATED DAMAGES, PUNITIVE DAMAGES* E A FUNÇÃO
PUNITIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO"

Orientador: Guilherme Henrique Lima Reinig

Co-orientador: Mark Pickersgill Walker

Eu, Aluana Chavegatto da Cunha e Silva, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 05 de dezembro de 2016.

Assinatura manuscrita de Aluana Chavegatto da Cunha e Silva, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

Aluana Chavegatto da Cunha e Silva

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial minha mãe, por ser um exemplo de ética, força e resiliência, sempre zelosa e presente, mesmo à distância de um oceano, só tenho a agradecer por todo carinho e dedicação. Ao meu pai, por me ensinar a enxergar oportunidades nas adversidades e a ser grande incentivador de minhas conquistas acadêmicas desde a primeira série, sempre me lembrando da importância do conhecimento. À minha querida irmã, que em sua primeira década de vida adorava me incomodar, dedicando boa parte de seu tempo a tal fim. Na verdade, não poderia pedir por irmã melhor, por, além do vínculo familiar, ser alguém com quem eu posso contar para dividir minhas conquistas e derrotas, risadas e lágrimas, sempre com muito bom-humor e talento musical. Ao Gianfranco, que acolheu a mim e à minha irmã como filhas. À Eliane que também me acolheu como parte da família, tendo contribuído para o meu crescimento pessoal. A família próxima, mas não tão próxima pela distância que me encontro de São Paulo.

Aos meus queridos amigos de São Paulo, que me fazem lembrar com sorriso da minha cidade natal, em particular Amanda Ruegger, Jéssica Thais, Otávio Ogrizek., Felipe Loreto.

À Nazaré Almeida, pela paciência, gentileza e todo auxílio.

Aos estimados amigos que fiz em Florianópolis, lugar que com carinho chamo de casa. Em especial, à Day Giacomini, Juliana Machado, à Fernanda Ruy e ao João Victor Krieger, por terem se tornado minha família aqui, terem feito parte da minha graduação e me ensinado mais do que eu poderia imaginar.

À Gabriela Towers, *roomie*, amiga querida que me suporta todos os dias, compartilha do amor por pipoca (o melhor alimento) e é parte da família.

Ao co-orientador, e também amigo, Mark Walker, por orientar esse trabalho, com (muita) paciência, auxiliando com material para pesquisa desde o começo do ano, também com aqueles de difícil disponibilidade, por ajudar a esclarecer pontos confusos da matéria e escusar algumas demoras com prazo, seja pelo perfeccionismo excessivo ou “procrastinação patológica”, pela compreensão e incentivo, acreditando que eu terminaria a pesquisa nas vezes em que eu mesma duvidei.

Ao prof. Orientador Guilherme Reinig, que foi meu professor da matéria de contratos e aceitou orientar a presente pesquisa, dispensando atenção e auxílio, apesar dos muitos orientandos.

Ao prof. Rafael Peteffi por, em aula, despertar o interesse para o assunto, que já me intrigava no estágio junto ao Juizado Especial Cível e Criminal, e por incentivar a pesquisa nessa área.

Aos estimados colegas do Juizado Especial Cível e Criminal, em especial à Vera Lúcia Rech, e também da Promotoria e Procuradoria de Justiça, Dr. Fábio Schmitt, Luiza Keller, Fernanda Cremonese e Luiza Gonçalves, pela paciência e atenção, por me darem a oportunidade de crescer e aprender mais do que Direito e por me fazerem admirar cada dia mais a profissão que escolhi.

Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram com esse trabalho ou com a minha trajetória até aqui.

“A philosopher once asked, ‘Are we human because we gaze at the stars, or do we gaze at them because we are human?’ Pointless, really... ‘Do the stars gaze back?’ Now, that's a question.”

Neil Gaiman, *Stardust*.

RESUMO

Dentro do importante debate sobre a aplicabilidade da função punitiva na responsabilidade civil, em particular, na indenização por danos extrapatrimoniais, essa pesquisa buscou compreender as características, funções e distinções entre os *punitive damages*, dos quais muito se fala na jurisprudência, a fim de fundamentar a função punitiva no arbitramento do *quantum* indenizatório; os *aggravated damages*, instituto próximo, de função compensatória que exprime reprovação de conduta, característico do Direito Inglês, também pertencente à família do *Common Law*; e da indenização de caráter punitivo que de fato é concedida no Brasil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. *Punitive Damages*. *Aggravated Damages*. Direito Comparado.

ABSTRACT

Within the relevant debate whether the punitive role in civil liability applies, in particular, in damages regarding non-pecuniary loss, this research sought to understand the qualities, purposes and differences amongst the *punitive damages*, which are most mentioned in case-law, intending to underlie the punitive role in awarding damages; the *aggravated damages*, a close institute, of compensatory role that states the disapproval of a conduct, typical of English Law, also belonging in the Common Law; and the damages with the punitive element that is, in fact, awarded in Brazilian Law.

Key-words: Tort Liability. Punitive Damages. Aggravated Damages. Comparative Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
Capítulo I – A função punitiva no direito brasileiro.....	12
1. 1 Noções Gerais – ato ilícito e sanção	12
1.2 Sanções civis punitivas	18
1.3 Hipóteses de Aplicação do Dano moral.....	24
1.4 Reparação do dano extrapatrimonial segundo a doutrina	28
Capítulo II – O instituto dos Aggravated Damages e dos Punitive Damages	33
2. 1 O Common Law e a responsabilidade civil	33
2.2 Punitive Damages	35
2.3. Rookes v. Barnard e os Aggravated Damages.....	38
2.4 A natureza dos aggravated damages e os requisitos para sua concessão.....	43
2.5 Aplicação dos punitive damages, aggravated damages e sua tênue distinção	47
Capítulo III – Comparativo da função punitiva no Direito Civil, Aggravated Damages e Punitive Damages	57
3.1 Breve análise da relação da função punitiva no Common Law e no ordenamento civilista.....	57
3.2 Defensores da função punitiva na reparação dano extrapatrimonial na doutrina	58
3.3 Críticas à aplicação de função punitiva	62
3.4 Parâmetros para arbitramento do valor da indenização punitiva	65
3.4.1 Distinção entre os importes de compensação e de punição	65
3.4.2 Dolo do agente e medida da culpa	66
3.4.3 Circunstâncias pessoais do autor da conduta e da vítima.....	66
3.4.4 Extensão da gravidade do dano	67
3.4.5 Auferimento de lucro proveniente do ato ilícito	67
3.5 Aplicação da função punitiva no Brasil	68
3.5.1 TJSC	70
3.5.2 STJ.....	76
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como área de pesquisa o Direito Civil, em mais específico, a Responsabilidade Civil, por examinar, também, institutos típicos do sistema *Common Law* Inglês, que se aproximam desse campo.

Utilizou-se o método científico dedutivo, visando-se compreender os conceitos dos institutos trabalhados para confrontá-las e produzir conclusões fundamentadas. Foi adotado o procedimento monográfico. Para compor a conceituação, caracterização e análise dos pontos trabalhados, empregou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, incluindo bibliografia e jurisprudência estrangeira, porquanto o cerne da pesquisa remete à comparação entre os institutos *aggravated damages*, *punitive damages* e a função punitiva na responsabilidade civil do direito brasileiro.

É cada vez mais frequente a utilização, pela jurisprudência dos tribunais pátrios, da referência ao instituto dos *punitive damages*. Assim, apesar pertencerem originalmente ao *Common Law*, os juízes brasileiros tem feito referência a este instituto em suas fundamentações, conforme consta em elevado número de ementas e, mais ainda, no teor de decisões, buscando embasar a indenização por danos morais com caráter pedagógico, por meio da teoria do desestímulo, e visando promover equidade na relação entre grandes empresas e consumidores, pois haveria uma disparidade entre o poder econômico daquelas. A discussão da questão gira em torno da compatibilidade de sua aplicação e ainda, se ocorre nos moldes previstos pela teoria da qual os *punitive damages* se originam. Nesse âmbito se encontra a atualidade da problematização.

Incluindo-se a questão do instituto dos *aggravated damages*, utilizado na maior parte do *Common Law* para majorar a quantia indenizatória nos casos em que se entende que o dano provocado foi agravado pela conduta do réu. Trata-se de um instituto semelhante ao dos *punitive damages*, possuindo uma distinção tênue, ou talvez, fictícia, sendo por vez confundido com os *punitive damages*. Se no próprio direito de origem há certa incerteza e debate sobre a confusão possível entre os *punitive damages* (função punitiva) e os *aggravated damages* (função compensatória), faz-se necessário analisá-los a fim de compreender como ocorre sua distinção, uma vez que essas duas funções da reparação do dano extrapatrimonial – e sua interseção, como defendido por parte da doutrina – é objeto de discussão na responsabilidade civil brasileira.

Questiona-se também se, ainda que a recepção de institutos estrangeiros possa ser benéfica para a sociedade ao promover equidade, sua utilização atual na Responsabilidade Civil brasileira é indevida, uma vez que ela colide com os princípios teóricos da Responsabilidade Civil no direito brasileiro.

Como antecipado, a presente pesquisa se subdivide de modo a analisar essas questões. Em um primeiro momento, examina-se os conceitos de sanção e de ato ilícito, que ensejam punição. Brevemente, trata-se das sanções punitivas previstas no direito civil, a fim de ilustrar que a concepção de ‘sanção’ não é pertencente somente à esfera do direito penal, ainda que lhe seja característica. Passa-se então à análise da responsabilidade civil e da reparação pelo dano moral ou extrapatrimonial, na qual incide o debate acerca da dupla função – função compensatória e função punitiva, recaindo sobre esta o enfoque do trabalho.

No segundo momento, busca-se compreender a origem e aplicação, por meio da análise da jurisprudência, que tem força especial nos países do *Common Law*, dos *aggravated damages* e *punitive damages*, com vista a entender sua distinção (real ou ficta), para posterior análise das próprias funções da reparação pelo dano extrapatrimonial na responsabilidade civil.

Essa análise é alocada no terceiro momento, porquanto examinam-se comparativamente os institutos, os argumentos favoráveis à aplicação dos *punitive damages* e suas críticas. Por fim, sucintamente se observa o tratamento jurisprudencial dado à questão, restringindo-se ao Tribunal de Santa Catarina.

Capítulo I – A função punitiva no direito brasileiro

Neste capítulo, buscam-se delinear os contornos de ato ilícito e de sanção, analisando a que correspondem, suas particularidades e sua função. Passa-se então aos seus reflexos no campo do Direito Civil, caracterizando as sanções civis previstas no ordenamento, que possuem viés punitivo, destoando da maioria dos demais institutos do Direito Civil, que tem função preponderantemente reparatória.

Por fim, consideram-se os fundamentos tradicionais da Responsabilidade civil e os reflexos da função punitiva sobre o instituto da reparação pelo dano moral. Parte da doutrina defende que há uma dupla função dessa reparação (compensatória e punitiva), o que leva à discussão sobre a previsão dessa função punitiva.

1. 1 Noções Gerais – ato ilícito e sanção

A formação de uma ordem social regida por regramentos não ocorre por mero acaso, mas com a finalidade de garantir a sobrevivência e o alcance de seus fins essenciais. É preciso que se instaure uma ordem social, em outras palavras, um “condicionamento das ações individuais”, buscando a conquista desses fins.¹

O direito, segundo Lumia, constitui um *instrumento do controle social*, sendo então uma das diversas técnicas pela qual esse controle é exercido, se não for a mais importante, destaca-se como a mais característica. O direito, entendido como *técnica de controle social* caracteriza-se por elevado grau de institucionalização da resposta aos comportamentos desviantes, o que permite a distinção entre os chamados preceitos morais e das regras do costume.²

O direito e a moral são distintos, pois esta apresenta um sistema de normas “interiorizadas”, o indivíduo as considera mandatórias por si próprias. Quanto às sanções jurídicas, diferenciam-se da violação de regras do costume por estarem institucionalizadas, não estando designadas ao arbítrio dos indivíduos. Nesse sentido, destaca o Lumia: “A certeza da

¹ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25.

² Id., 2003, p. 27.

reação ao ilícito é um dos valores sociais mais importantes que se realizam por intermédio do instrumento jurídico”.³

Na composição da norma jurídica, há a presença de dois elementos: o preceito e a sanção. Como definição, tem-se que o preceito corresponde a um modelo de conduta prescrita, enquanto a sanção é composta por um tratamento afliitivo que é relacionado a uma conduta, pelo ordenamento jurídico, que implica uma violação do preceito, qualificando-se como ilícito.⁴

Segundo Rosenthal⁵, a sanção jurídica corresponde a uma espécie de medida indireta, inserida em ampla esfera das medidas de controle social, destinada à obediência do ordenamento jurídico; as medidas diretas atuam sobre a conduta em si do indivíduo, enquanto as medidas indiretas são psicológicas, isto é, buscam criar entraves às condutas indesejadas, por meio da retribuição ou reparação.

Uma das técnicas utilizadas pelo ordenamento jurídico, técnica dissuasória, utiliza-se do que Lumia convencionou chamar de “sanções negativas”, que consistem na privação de um bem. Nesse âmbito, as sanções negativas são, em geral, divididas conforme a natureza do bem sobre o qual recaem ou consoante a função que exercem. Existem dois critérios de classificação dessas sanções negativas; no primeiro, a distinção se dá entre as sanções patrimoniais (que atingem o patrimônio do autor do ilícito) e as sanções pessoais (que recaem sobre a própria pessoa do autor do ilícito / causador do dano). Já no segundo critério, diferenciam-se as sanções reparatórias que visam a elidir o dano causado, por meio da restauração – se possível – da situação jurídica prévia à ocorrência do ilícito, ou ainda, por meio de indenização; e as sanções retributivas, as quais correspondem em um castigo infligido equivalente à violação do preceito.⁶

A sanção é tida, concomitantemente, como resposta à violação da norma e a forma de se ter o maior cumprimento desta. Rosenthal aponta que, para a doutrina, predomina a ampla concepção de *sanção* como: “[...] qualquer reação do ordenamento jurídico a uma violação da lei ou de uma disposição negocial, tutelando o interesse público a coexistência social, com objetividade e imparcialidade”.⁷

³ Id., 2003, p. 30.

⁴ LUMIA, 2003, p. 49.

⁵ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

⁶ LUMIA, 2003, p. 51-52.

⁷ ROSENVALD, 2013, p. 23.

Ao tratar dos conceitos de sanção e ilícito, deve-se ter em mente que um passa pelo outro. Tratar da aplicação de penas dentro do direito civil vai além de relacioná-las com cláusulas penais ou com os *punitive damages*. A sanção punitiva está inserida em uma categoria extensa, que inclui a pena criminal, bem como outras localizadas em partes distintas do ordenamento.⁸

O ato ilícito não equivale a simplesmente provocar danos, mas ocorrência de um fato lesivo de interesses que foram tutelados. O dano pode não ocorrer e ainda assim ter ocorrido violação da norma; “A antijuridicidade de um comportamento lesivo surge ainda antes que o dano se verifique e dele prescinde. Os dois elementos, antijuridicidade e dano, são ontologicamente distintos e somente se encontram quando há um fato ilícito danoso”.⁹

Ainda, sobre ilícito e sanção, leciona Rosenvald:

O ilícito é pressuposto da sanção. Assim, a incidência de uma sanção punitiva pela prática de um ato ilícito poderá ser fonte de responsabilidade civil, independentemente da aferição concreta de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, seja por não existirem ou serem de difícil percepção. [...] A pena constitui uma punição pela transgressão da norma; enquanto a reparação persegue unicamente a restauração da lesão praticada por outro sujeito.¹⁰

Observa-se que o posicionamento de Rosenvald nesse sentido, adotando a ideia de há responsabilidade civil independente de ter ocorrido dano, é minoritária na doutrina brasileira.

No tocante à distinção entre sanção e vingança, são entendidas como fenômenos culturais próximos, estando a vingança na esfera privada do fenômeno público chamado de sanção. A vingança é então sucedida pela sanção, de caráter institucional, que por meio da atuação de um mediador irá promover uma justa compensação ao ofendido pelo mal sofrido. Então, considera que a sanção não abdica a vingança, mas a despe de subjetividade.¹¹

Sobre as sanções retributivas, Lumia destaca as sanções penais (penas) que podem ser patrimoniais (como confisco, indenização ou multa) bem como pessoais (perda do pátrio poder, reclusão, interdição). O autor apresenta três teorias acerca do fundamento das sanções penais: a) teoria da retribuição – a qual vislumbra um castigo para o mal cometido “*malum passionis* correspondente ao *malum actionis*”; b) teoria da correção – que trata a pena como

⁸ Id., 2013, p. 21.

⁹ ROSENVALD, 2013, p. 34.

¹⁰ Id., 2013, p. 37.

¹¹ Id., 2013, p. 24.

instrumento de reeducação do delinquente, buscando (no discurso oficial) a sua recuperação para a sociedade; c) teoria da defesa (ou da intimidação) – ideia de que a pena seria um revés, uma motivação válida para que o potencial agente ter determinado comportamento (não cometer o delito). A teoria da defesa é a que melhor interpreta a função efetiva da pena como técnica dissuasória do controle social. Outrossim, sobressai a função da pena de conter as pessoas para que não violem as normas, por meio da ameaça de um mal a ser infligido a quem viole a lei.¹²

Andrade, por sua vez, entende que a sanção, sendo expoente de coercibilidade da norma jurídica, constitui efeito jurídico, que vai expresso por regra (sancionadora) de caráter secundário, e deve ser aplicado quando houver transgressão do dever imposto pela regra primária, que define direitos e deveres primários ou originários. São muitas as teorias que investigam a “razão de ser” da pena e todas elas giram em torno de duas noções básicas: a *retribuição* e a *prevenção*.¹³

A responsabilidade penal, pontua Noronha, tem como objetivo reprimir as transgressões tidas como especialmente graves, e por esse motivo interessam à sociedade em geral, sendo então responsabilidade em face do Estado e traduzindo-se na imposição de penalidades, que constituem castigos típicos.¹⁴

A diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal reside, consoante José de Aguiar Dias, na distinção entre o direito civil e penal. Na responsabilidade civil, não há preocupação se o ato que gerou dano a um indivíduo ameaçou ou não a ordem social.¹⁵

Seguindo nessa linha, pondera:

Para efeito da punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social, é que se distingue: a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo* anterior à ofensa. Deixa, não porque se não impressione com ele, mas porque o Estado ainda mantém um regime político que explica a sua não-intervenção. Restabelecida a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado.¹⁶

O fundamento das responsabilidades civil e penal é quase o mesmo, são as condições de seu surgimento que são distintas, porquanto esta última é mais exigente do que

¹² LUMIA, 2003, p. 53.

¹³ ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 137-138.

¹⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010., p. 52.

¹⁵ AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed.,verif., atual. e ampl. Por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.

¹⁶ Id., 2011, p. 9.

aquela, no tocante ao preenchimento das condições para se efetivar. Só poderia ser assim, pois em se tratando de pena, deve-se seguir o princípio *nulla poena sine lege*.¹⁷

Segundo Bittar, do ponto de vista do lesado “[...] reúnem-se em três categorias centrais as funções da pena, a saber: a de devolução do mal causado; a de meio de dissuasão da prática de crimes; e a de fórmula destinada a emenda, ou a correção do delinquente”. Afirma que a pena atua, tendo por fim elementar, a preservação da sociedade, bem como de seus valores nucleares. No caso de infrações penais, elas se distinguem em crimes ou contravenções de acordo com sua gradação legal.¹⁸

A visão tradicional do direito civil entende que lhe competem somente as sanções restitutórias, reintegratórias e ressarcitórias, mas não aquelas punitivas. A sanção punitiva corresponde à ameaça de futura sanção, funcionando mais como intimidação aos potenciais ofensores, no âmbito psicológico. Quando a intimidação contra a prática do ilícito falha, vem a pena, constituindo retribuição moral ao agente. As sanções punitivas são relacionadas à função preventiva, ao passo que as reintegratórias buscam apenas retomar o equilíbrio na esfera patrimonial, preocupando-se com sanar os efeitos danosos do ilícito, e não com evitá-lo.¹⁹

A retribuição moral não constitui o objetivo da pena, mas um dever entendido como moral e jurídico de atuar contra aquele que violou a norma. Assim, o verdadeiro alvo da pena, compreendida em sentido amplo, é inibir a prática do ilícito, a fim de possibilitar “a realização de esquemas da vida social”²⁰.

Quanto aos danos provocados pelos ilícitos, conceitua Noronha: “O dano pode ser caracterizado simplesmente como sendo o prejuízo resultante de uma lesão antijurídica de um bem alheio”.²¹

A obrigação decorrente de reparar danos patrimoniais ou morais é uma das eficácias do ato ilícito. Na sua formação, o ilícito depende de elementos nucleares como a antijuridicidade (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (configurando elemento subjetivo). Apesar de o dano não ser elemento necessário do ilícito, considera-se como fato gerador de responsabilidade civil, consoante previsto no art. 927, CC.²²

¹⁷ Id., 2011, p. 9.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4ª ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

¹⁹ ROSENVALD, 2013, p. 40.

²⁰ Id., 2013, p. 26.

²¹ NORONHA, 2010, p. 579.

²² ROSENVALD, 2013, p. 32.

A noção de ilícito jurídico, em seu sentido usual, remonta a qualquer fato que equivalha a violação de uma norma, sendo assim objeto de reprovação e, paralelamente, de uma reação adequada.²³

No campo da responsabilidade civil, segundo Fernando Noronha, as obrigações possuem três finalidades: reparatória, sancionatória e preventiva. A função reparatória é vista como aquela fundamental à responsabilidade civil, relativa a elidir o prejuízo econômico, diminuir o sofrimento provocado ou compensar pela violação à integridade física ou à vida de outrem. Muito embora a função reparatória seja a essencial, essas duas finalidades (sancionatória e preventiva) - que também se identificam com as finalidades do direito penal – estariam presentes. A função punitiva ou sancionatória, ao impor um sacrifício menor ou maior ao que lesou outrem, acaba por (também) punir o lesante. Salienta que essa finalidade punitiva dentro da responsabilidade civil, não é algo que se justifique facilmente, bem não se deve ampliar a noção de punição por meio da responsabilidade civil, pois a função dissuasora (paralela à função sancionatória) possui sempre papel acessório, “[...] em princípio, a responsabilidade civil visa apenas reparar danos”.²⁴

Quanto às funções punitiva e preventiva, no momento em que a função ressarcitória da reparação passou a preponderar sobre a punitiva, a responsabilidade civil passou a ganhar autonomia em relação à penal, delimitando melhor o escopo dos ilícitos civis e penais, de acordo com os efeitos a serem atribuídos. Assim, os delitos penais incorriam à aplicação de uma pena, ao passo que os ilícitos civis levavam à uma reparação dos danos.²⁵

Nosso próprio ordenamento evidencia que a função predominante da responsabilidade civil é a função ressarcitória ou compensatória, por meio do princípio da reparação integral, correspondentes aos prejuízos patrimoniais ou econômicos. No que se refere aos danos não patrimoniais, a função dominante é a satisfatória, pela complexidade em se quantificar tais danos (equiparar prejuízos não expressáveis em valor econômico com uma reparação pecuniária). Assim, ainda que inexata, deve-se manter em vista que o norte da indenização é uma reparação mais completa possível.²⁶

²³ Id., 2013, p. 30-31.

²⁴ NORONHA, 2010, p. 460-462.

²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272.

²⁶ Id., 2010, p. 271.

Seguindo esse raciocínio, no entanto, por vezes a responsabilidade civil apresenta elementos de sua função sancionatória ou punitiva, com a indenização pecuniária trazendo certas características que são próprias das penas privadas. Isso se mostra especialmente visível na indenização por dano não patrimonial, que carrega também uma função sancionatória, particularmente quando se destaca a necessidade de punir o autor do dano. Conclui-se que “[...] embora a função preponderante deva ser a satisfatória, a indenização por dano extrapatrimonial aparece, em muitos casos, como uma autêntica pena privada imposta ao ofensor a requerimento do ofendido”.²⁷

Por fim, consoante Rosendal: “A melhor forma de encontrar uma noção autônoma para a sanção punitiva civil é justamente a demonstração de sua distinção quanto à reparação de danos [...]”²⁸

1.2 Sanções civis punitivas

Excepcionalmente, as sanções punitivas civis aplicam-se, em caráter preventivo, como sanção em virtude de ter o ofensor praticado condutas previstas como demeritórias.²⁹

Outrossim, a dificuldade da doutrina no que toca a definir hipóteses de aplicação das sanções punitivas civis:

[...] decorre exatamente do grande elastério de figuras heterogêneas que poderiam ser subsumidas em seus contornos. Esta relativa insegurança abre espaço para as mais variadas críticas quanto a sua aplicação, sobretudo no que tange aos danos punitivos, prevalecendo os argumentos da ausência de previsão legal para a punição pelo dano moral; desvio da perspectiva ressarcitória da esfera privada; mercantilização da justiça e, mais grave, a conversão da responsabilidade civil em instrumento para o enriquecimento sem causa.³⁰

As penas dentro do direito civil têm como elemento comum as hipóteses de sanções aflitivas, que apesar do elemento punitivo, não se inserem no direito penal nem no direito administrativo. A divisão entre as sanções punitivas civis e penais pode ser mais simples formalmente, mas em seu aspecto substancial, tal separação é mais arbitrária, o que leva a diversas hipóteses.

Encontram-se no Direito Civil vários exemplos de sanções penais (ou penas privadas) “[...] para os atos culpáveis, as quais podem tomar a forma da exclusão de algum

²⁷ SANSEVERINO, 2010, p. 272.

²⁸ ROSENVALD, 2013, p. 37.

²⁹ Id., 2013, p. 26.

³⁰ Id., 2013, p. 40.

benefício a que teria direito o autor do ato ou consistir na imposição de uma verba sem relação direta com o prejuízo do lesado”.³¹

Rosenvald, ao apreciar a classificação sugerida por Paolo Gallo, na qual a pena privada *stricto sensu* seria dividida em pena privada judicial, legislativa e negocial, infere que não há questionamentos acerca da viabilidade de suas origens, mas que se trata de critério insuficiente para delimitar uma categoria jurídica, uma vez que não analisa a natureza das sanções. Pode-se dizer que “Em outros termos, se apenas tivermos em consideração o ponto de partida de cada sanção punitiva, colocaríamos dentro de uma só categoria jurídica modelos cuja heterogeneidade é flagrante”.³²

Destaca-se que a cláusula penal e as *astreintes* configuram sanções punitivas civis. A cláusula penal (art. 416 do Código Civil de 2002), opera com função tipicamente punitiva, uma vez que ocorre sua incidência sem que haja comprovação ou mesmo alegação de prejuízo, bastando o descumprimento da obrigação ao qual esteja vinculada.³³

A cláusula penal é de natureza negocial enquanto *astreintes* decorrem de previsão legal, a ser fixada pelo magistrado quando de sua incidência. As *astreintes* são consideradas como meio de coerção, constituindo penas privadas judiciais que tornam em favor “[...] de titulares de obrigações de dar, fazer ou não fazer, (art. 461, CPC) [1973], sendo acrescidas à verba indenizatória decorrente do ilícito contratual ou aquiliano”³⁴

As *astreintes* possuem atuação distinta a depender do momento temporal; antes do descumprimento atua na função preventiva, enquanto após sua ocorrência, possuem função punitiva. Para incidirem as *astreintes*, deve haver violação a um direito, após a qual o magistrado irá aplicar uma sanção baseada em prévia disposição legal. A multa periódica não é disponível aos particulares, diferente do que ocorre com a cláusula penal; esta constitui pena do direito privado e pode ser pactuada, em momento anterior à ocorrência do dano, sendo ainda facultativo ao credor exercê-la caso haja inadimplemento.

As arras (arts. 418 e 420 do Código Civil de 2002), de modo similar à cláusula penal, “[...] não estão relacionadas com um dano efetivo, o que revela seu caráter sancionatório,

³¹ ANDRADE, 2009, p. 232.

³² ROSENVALD, 2013, p. 41.

³³ ANDRADE, 2009, p. 233.

³⁴ ROSENVALD, 2013, p. 41.

a despeito de o art. 420 do Código Civil indicar que ela exerce função unicamente indenizatória”.³⁵

Ao buscar identificar as sanções punitivas como um “modelo homogêneo de reações ao ilícito”, em termos estruturais e funcionais, Rosenthal vale-se da classificação de Paolo Benazzo. As sanções punitivas de direito civil se inserem em dois grupos: a) o das penas privadas e; b) o das penas civis. “Basicamente, a distinção entre uma e outra categoria dependerá da circunstância da finalidade punitiva ser primária ou secundária”.³⁶

Registre-se que na pena privada, a sanção se liga a um ilícito causal, enquanto na pena civil, relaciona-se a um ilícito sintomático. Rosenthal explica que uma pena privada que possui uma função de proteção de interesses coletivo, somente possui de “privada” seu nome e, considera que é, na verdade, uma sanção punitiva de ordem social ou coletiva que receberá o título de *pena civil*.³⁷

As penas privadas e as penas civis se relacionam à ordem de mercado de formas distintas, bem como possuem funções e estruturas diversas. A pena civil amolda as práticas do mercado “(...) às aspirações sociais ao inibir atividades que envolverem a expectativa coletiva quanto a comportamentos confiáveis”.³⁸

Tanto a pena civil como a pena privada constituem medidas reativas de direito civil unicamente voltadas à resolução de conflitos privados.

A pena civil ultrapassa a pena privada, ao se utilizar da justiça retributiva, punindo o ofensor, para promover a justiça distributiva, que tutela os interesses coletivos. “A pena civil reveste um perfil transformador de uma sociedade plural e complexa, cujo ordenamento deseja inibir os danos que ofendam os interesses transindividuais”.³⁹

A pena civil, segundo Rosenthal⁴⁰, engloba finalidades que são punitiva e preventiva primária, bem como tutela interesses que extrapolam o âmbito particular do ofendido, atingindo a escopos gerais. Ainda, discorre que: “a premissa indispensável à incidência da pena é a prática do ilícito [...]. Vale dizer, não é qualquer ilícito que desencadeia o mecanismo da pena. O seu suporte fático demanda mais do que isso”.

³⁵ ANDRADE, 2009, p. 233.

³⁶ ROSENTHAL, 2013, p. 43.

³⁷ Id., 2013, p. 43.

³⁸ Id., 2013, p. 45.

³⁹ Id., 2013, p. 47.

⁴⁰ Id., 2013, p. 48.

Assim, no plano material e processual, pena civil se adequará, não às normas de direito privado, mas aos princípios aplicáveis no direito penal, incluindo-se as garantias constitucionais competentes. Do mesmo modo, “em nível objetivo a pena civil será pautada pela tipicidade, determinação e taxatividade; no plano subjetivo, a pessoalidade e a intransferibilidade condicionarão sua dimensão aplicativa”.⁴¹

Rosenvald ressalta ainda que, para formulação de normas civis, não basta um comportamento antijurídico, mas é necessária uma conduta reprovável por parte do agente que podia agir de modo diverso e não foi diligente. Isso mostra que o dolo – ou a grave negligência do ofensor - é pressuposto subjetivo para a incidência⁴² da sanção punitiva civil.

A aplicação da retribuição também está sujeita à verificação de elementos de caráter objetivo, no entanto, sem demonstrar o elemento intencional na conduta do autor, o eventual conflito de danos não desencadeará a pena civil; ensejará somente a parte compensatória, a título de danos patrimoniais e morais, ou ainda ser desconstituído o ato sancionado pela invalidade ou ineficácia.⁴³

Nesse passo, não se faz menção a qualquer nível de culpa, mas à conduta com dolo ou à uma culpa grave equivalente, situação o autor atua de modo contrário ao direito, consciente da nocividade de seu comportamento, ou quando deixa de agir nas situações em que lhe eram exigidas pelo ordenamento. Os ilícitos podem ser, ainda, decorrentes de atos comissivos ou omissivos.⁴⁴

No Código Civil de 2002 encontram-se disposições que submetem à responsabilidade civil a certo grau de culpa do agente, conforme exemplificado por Rosenvald:

- a) nos contratos benéficos responde por simples culpa o contratante a quem o contrato aproveita, e por dolo aquele a quem desfavoreça (art. 392, CC);
- b) a mora do credor subtrai o devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa (art. 400, CC);
- c) nos contratos onerosos o alienante responde pela evicção. Subsiste para ele esta obrigação, ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente;
- d) na descoberta, o descobridor responde pelos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor legítimo quando tiver procedido com dolo (art. 1.235, CC).⁴⁵

Ainda, Rosenvald aponta que o dever de analisar os graus de culpa do agente para formar a responsabilidade civil demonstra que possivelmente este modelo jurídico ultrapassa a

⁴¹ Id., 2013, p. 48.

⁴² ROSENVALD, 2013, p. 49.

⁴³ Id., 2013, p. 49.

⁴⁴ Id., 2013, p. 49.

⁴⁵ Id., 2013, p. 50.

atenção com a reparação ao dano causado e foca-se na gradação da culpa como modo de imputar danos. A pena civil fica atrelada à responsabilidade por culpa grave – assemelhando-se ao dolo, assim, nos casos em que o agente tiver atuado com culpa leve ou normal, dano ficará por reparar, incidindo a exclusão por culpa leve.

Destaca-se a finalidade especial, localizada da pena civil, como assinalar nas relações interpessoais comportamentos voluntários e propositalmente antijurídicos, que concomitantemente transgridem *interesses subjetivos privados e metaindividuais*. Quando uma pessoa pratica conduta contrária à norma, ciente que sua ação será ilícita, é frustrada a primeira finalidade da pena civil, qual seja, a de coação indireta. Então entra em cena o seu preceito secundário, a retribuição, pelo instrumento da pena.⁴⁶

Rosenvald alerta que assim como ocorre na responsabilidade penal, a pena civil será personalíssima, alcançando somente o autor da conduta ilícita, assim infere que sendo a finalidade essencial da sanção punitiva eliminar a reiteração de ilícitos, consequentemente o impacto da condenação é intransferível ao patrimônio de outrem (garante legal ou contratual), o que lhe confere caráter pedagógico. Igualmente, a sanção punitiva civil não será transmitida a herdeiros, seguindo a característica das sanções criminais, nas quais a pena não pode passar a pessoa do réu. Frisa-se que a pessoalidade é atribuída às penas civis, mas não é característica intrínseca de qualquer sanção punitiva.⁴⁷

Quanto aos incapazes, a pena civil não poderá ser imposta a um civilmente inimputável, seja menor de 18 anos ou portador de doença mental, pois este não possui o discernimento necessário para agir com dolo ou culpa grave, não podendo assim agir conforme o caráter objetivo da norma. Por conseguinte, a título de sanção punitiva aquiliana, não incidirá o disposto no art. 928 do Código Civil⁴⁸, pois a excepcional responsabilidade subsidiária se refere à compensação equitativa dos danos por ele provocados, não podendo ser penalizado. No caso da pessoa jurídica, esta será sujeito passivo das penas civis, particularmente nos ilícitos extracontratuais, preservando-se a regra de pessoalidade. São as hipóteses nas quais o ato é praticado por alguém inserto no âmbito de uma atividade de gestão da empresa.⁴⁹

⁴⁶ ROSENVALD, 2013, p. 50.

⁴⁷ Id., 2013, p. 51-52.

⁴⁸ “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

⁴⁹ ROSENVALD, 2013, p. 52.

Em que pese a existência de uma corrente que exclui a incidência do princípio da taxatividade no âmbito punitivo, Rosenvald defende de modo enfático que a pena civil deve estar subordinada ao princípio da reserva legal, segundo o qual a lei previamente faça ameaça de uma pena em seu preceito secundário e, em seu preceito primário, exprima com precisão as hipóteses de incidência, pois a pena civil é essencialmente uma pena criminal, apesar de sua sanção ser extra criminal. A incidência da pena civil como sanção a determinados fatos decorre da visão de gravidade daquela conduta, independente do dano provocado. A sanção é voltada para o futuro, para o perigo social pressuposto de determinadas condutas ou atividades. Deve-se ter em vista que o direito civil, quando busca sancionar de forma punitiva primária certas condutas, somente poderá fazê-lo se estas se mostram ofensivas a interesses públicos e à ordem social, não apenas tratando de situações subjetivas individuais.⁵⁰

No Código Civil de 2002 e na legislação civil esparsa surgem relevantes combinações entre a ideia penal de punição daquele que provocou danos e a finalidade civil de reparação a quem foi lesado. Isso constitui recurso legislativo para reforçar o dever legal de não gerar danos. Em algumas ocasiões, as condenações punitivas, que encontram previsão legal, estarão ligadas à responsabilidade civil, especificamente quando determinarem penas equivalentes a múltiplos indenizatórios. Assim, nessas situações, o ilícito intencional do autor da conduta refletirá na sanção punitiva como um adendo, em comparação danos sofridos pelo lesado.⁵¹

Em síntese, a pena privada constitui sanção que é imposta ao agente (particular) como consequência de sua conduta lesiva, caso somente a reparação não se mostre suficiente para atenuar o mal provocado. Essa punição corresponde a uma soma em dinheiro, conforme previsão legal, estipulação em negócio jurídico ou conforme fixado pelo magistrado.⁵²

Conforme Bittar, a sanção civil promove, indiretamente, a restauração do equilíbrio às relações privadas. Por meio de sua aplicação prática, são duas as possíveis consequências: o autor do dano deve reparar os injustos causados, ou então deve se valer de parte de seu patrimônio para custear indenização que venha a ser condenado a pagar. Assim, a sanção civil defende, mais especificamente, o interesse privado da vítima, em que pese também assumam conotações sociais.⁵³

⁵⁰ ROSENVALD, 2013, p. 53-54.

⁵¹ Id., 2013, p. 55-56.

⁵² PIRES, 2014, p. 162.

⁵³ BITTAR, 2015, p. 117.

1.3 Hipóteses de Aplicação do Dano moral

Voltando-se à questão do dano, seu conceito para Caio Mário equivale à “circunstância elementar da responsabilidade civil”⁵⁴. Para Noronha⁵⁵, o dano consiste em um prejuízo provocado em um bem ou a uma pessoa (em seu corpo ou alma). Frisa-se que o dano não é o bem violado em si, mas o efeito prejudicial acarretado por esta violação.

Nessa linha, Noronha⁵⁶ aponta que o elemento que configura o dano se configura como lesão antijurídica por ser decorrente de ato ou fato antijurídico, sendo assim, apenas essa lesão ocasionará responsabilidade civil, em que pese em alguns casos específicos possa haver lesões antijurídicas e lícitas.

A divisão entre os tipos de dano, para Fernando Noronha⁵⁷ pode ser feita entre danos a pessoas e a coisas. Os chamados danos a coisas ou materiais são aqueles que incidem sobre o mundo externo. Denuncia, ainda, que é equívoco o uso da expressão “dano material” por ser muito utilizada como sinônimo de “dano patrimonial”, sendo que, em realidade, há danos patrimoniais relacionados a ofensas à pessoa, bem como danos extrapatrimoniais decorrentes de lesões a coisas.

Noronha chama a atenção para essa classificação de danos, alertando que a divisão entre danos a coisas e à pessoa deve ser tida como a mais importante, pois revela todos os prejuízos que são propensos de gerar responsabilidade civil. Outrossim, destaca que tal distinção reside não no ato ou fato lesivo, mas em que esfera jurídica essa lesão se reflete. Outras classificações são possíveis, como a divisão entre danos físicos, psíquicos e morais, mas esta não interessa ao presente estudo pois não faz referência aos distintos tratamentos jurídicos que podem ser aplicados no contexto da multiplicidade de danos à pessoa que ocorrem na vida real.⁵⁸

Destarte, seria vista como uma classificação melhor a que levar em conta quais são as diferenças de tratamento jurídico dentro dos danos à pessoa, sendo considerado por Noronha conveniente a divisão entre *danos corporais (à saúde ou biológicos)*, relativos ao corpo

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 53.

⁵⁵ NORONHA, 2010, p. 580.

⁵⁶ NORONHA, 2010, p. 581.

⁵⁷ Id., 2010, p. 581.

⁵⁸ Id., 2010, p. 582 -583.

humano, e *danos anímicos (ou morais em sentido estrito)*, referentes à alma. O dano corporal é aquele que afeta a integridade física e psíquica, sendo fundamentalmente objetivo e passível de verificação por avaliação médica. Ao passo que o dano moral, por afetar sentimentos, é em essência subjetivo, ficando a critério do julgador analisar sua existência, intensidade e duração para então designar o modo de reparação.⁵⁹

A distinção entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, segundo Fernando Noronha, envolve a noção de patrimônio. O dano patrimonial também é chamado de dano material, mas essa terminação deve se ater ao dano às coisas, do mundo externo. Em contrapartida, os danos extrapatrimoniais são aqueles que decorrem de violação de interesse que não pode ser sujeitado à avaliação pecuniária. A estes últimos, no Brasil costuma-se chamar de *danos morais*, expressão empregada nos textos legislativos, como a Constituição Federal, em seus arts. 5º, incisos V e X; e 114, inciso VI, e ainda no Código Civil de 2002, art. 186.⁶⁰

Segundo Humberto Theodoro Júnior, de modo amplo, pode-se asseverar que danos morais são aqueles verificados na esfera da subjetividade ou, ainda, no plano valorativo do indivíduo na sociedade, atingindo os elementos mais íntimos da personalidade humana, ou o da própria valoração da pessoa no ambiente que vive e atua. Decorrem de condutas atentatórias à personalidade humana e são traduzidas por um sentimento de pesar íntimo do lesado, que pode ocasionar alterações psíquicas ou perdas à parte afetiva ou social do patrimônio moral do lesado.⁶¹

Noronha faz uma ressalva: “É em atenção a essa designação tradicional que dizemos que os danos extrapatrimoniais podem ser chamados também de danos morais em sentido amplo. No entanto, verdadeiros danos morais são só os danos anímicos [...]”. No entanto, narra que a imprecisão terminológica, confundindo os termos, permeia os autores considerados clássicos na matéria. Assim, verifica-se que a diferenciação entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, análogo ao que ocorre na divisão entre danos a pessoas e coisas, provém da esfera (econômica, jurídica ou espiritual) em que a lesão se reflete (teoria do reflexo), e não do ato lesivo em si.⁶²

Com a ocorrência de danos, emerge a responsabilidade civil, obrigação que visa à sua reparação. A responsabilidade civil constitui obrigação de reparar danos, sejam aqueles

⁵⁹ Id., 2010, p. 584-585.

⁶⁰ NORONHA, 2010, p. 590.

⁶¹ THEODORO Júnior, Humberto. **Dano moral**. 8ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense: 2016, p. 1.

⁶² NORONHA, 2010, p. 591.

provocados à pessoa ou ao patrimônio alheio, ou danos que atinjam interesses transindividuais – coletivos ou difusos, possuindo ainda uma concepção mais técnica e uma mais abrangente, sendo necessário distingui-las. Em sua concepção mais ampla, explica que a responsabilidade civil corresponde à obrigação de reparar qualquer que seja o dano – antijurídico – causado a outrem, ou seja, qualquer um que decorra de conduta contrária ao ordenamento. Estes podem ser promovidos por ações humanas, defesas pelo ordenamento, ou ainda podem ser resultado de acontecimentos naturais.⁶³

Ao abordar a responsabilidade civil em sentido estrito, o que se faz relevante para conhecer do regime jurídico aplicável, Noronha conceitua:

[...] falaremos em responsabilidade civil em sentido estrito, ou técnico, ou ainda em responsabilidade civil geral, para aferir as obrigações que visam a reparação de danos resultantes da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios; assim essa responsabilidade abrangerá os danos causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por qualquer negócio jurídico e também aqueles que, embora causados a alguém ligado ao lesante por um contrato ou por um negócio jurídico unilateral, ainda sejam resultado da violação de deveres gerais superiores e preexistentes a esse negócio (e que por isso não devem ser encarados como violação específica dele).⁶⁴

Bittar, por sua vez, aduz que a partir do dano, provocado de forma injusta na esfera alheia, decorre a necessidade de reparação, sendo “[...] imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para a sua própria existência e para o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado”.⁶⁵

Sanseverino aponta que um dos pontos mais controversos na doutrina e na jurisprudência, acerca dos danos extrapatrimoniais, é o que trata dos modos de reparação, qual seria a natureza de sua indenização e os critérios de quantificação. Nesse sentido, discorre que identificar a natureza da indenização por dano moral se relaciona com o próprio objetivo da responsabilidade civil, sendo ressarcir o ofendido ou punir o ofensor.⁶⁶

Conforme Humberto Theodoro Júnior, em se tratando de dano patrimonial, impõe-se como sanção ao culpado a responsabilidade pela recomposição patrimonial, promovendo a indenização do ofendido “à custa” do causador do dano, que recebe o bem ou o valor que foi indevidamente desfalcado. Já na esfera íntima da personalidade, não há como se admitir esse tipo de recomposição. O mal infligido sobre à intimidade, à honra e ao nome é, em princípio,

⁶³ NORONHA, 2010, p. 452.

⁶⁴ Id., 2010, p. 452.

⁶⁵ BITTAR, 2015, p. 20.

⁶⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 270.

irreversível. Desse modo, a reparação assume a função somente de sanção à conduta ilícita que ensejou a lesão moral. O valor da reparação é atribuído com duplo objetivo: o de atenuar o sofrimento injusto da vítima e o de coibir a reiteração da prática pelo agente.⁶⁷

Nessa linha, conforme o posicionamento de Sanseverino⁶⁸, a maior dificuldade em fixar uma indenização em dinheiro, alinhada com o princípio da reparação integral, está justamente na falta do conteúdo patrimonial nas perdas sofridas pela vítima. No entanto, esse obstáculo não afasta a incidência do princípio da reparação integral, o qual pode ter aplicação mitigada, conforme previsto no *caput* do art. 944 do CC.

Ainda que a reparação do dano não patrimonial jamais corresponderá a uma reparação totalmente equivalente, com a aplicação mitigada do citado princípio pode ser conquistada uma satisfação equitativa para aquele que sofreu lesão, ao se fixar uma indenização “[...] cujo montante deve guardar uma razoável relação de equivalência com a extensão dos prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela vítima, devendo ser este o grande vetor na operação de arbitramento judicial.”⁶⁹

Sanseverino⁷⁰ observa que o reaparecimento da face punitiva da indenização nos danos extrapatrimoniais, sendo vestígio da função atribuição penal da responsabilidade civil, relaciona-se também com as adversidades práticas encontradas pelo direito penal. Como efeito, tem-se na prática que certas violações aos direitos da personalidade, particularmente em se tratando de delitos de menor potencial ofensivo, controvérsias que deveriam ser solucionadas na esfera penal, devido à insatisfação do ofendido com a resolução adotada, acabam por migrar para a esfera cível buscando indenização.

Em síntese, em muitas dessas ocorrências, as vítimas não estão pleiteando somente uma reparação financeira para suas perdas extrapatrimoniais, mas, em especial, a aplicação de uma punição econômica para o causador do dano, o que, em última análise, se amolda à constituição de uma autêntica pena privada. Ademais, durante a quantificação do dano extrapatrimonial surge o elemento da função punitiva da indenização por dano não patrimonial, ao se considerar a gravidade da violação ao interesse jurídico tutelado, bem como

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1.

⁶⁸ SANSEVERINO, 2010, p. 271.

⁶⁹ Id., 2010, p. 271-272.

⁷⁰ Id., 2010, p. 274.

intensidade do dolo e grau de culpa do agente; análises típicas do direito penal, conferindo à indenização inegável natureza de pena privada.⁷¹

Em que pese não ser possível retirar da indenização por dano extrapatrimonial esse aspecto punitivo, o maior cuidado na ocasião de seu arbitramento deve ser:

[...] evitar um excessivo desvirtuamento de sua finalidade nessa linha, o que, em última análise, acabaria por afastar de sua própria função primordial a responsabilidade civil, que continua a ser o ressarcimento mais completo possível dos prejuízos sofridos pela vítima do evento danoso, mais do que a punição de seu autor, além da própria inconstitucionalidade de imposição de uma pena sem prévia previsão legal (*nulla poena sine lege*).⁷²

Destarte, buscar a punição do autor por meio do arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial colide com a vedação à imposição de pena sem prévia cominação legal.

1.4 Reparação do dano extrapatrimonial segundo a doutrina

A função predominante da responsabilidade civil, como abordado anteriormente, é a reparação, no entanto, a função preventiva da indenização por danos não patrimoniais tem se feito cada vez mais presente no cenário jurídico, o que fomentou às grandes empresas a incorporarem medidas de prevenção para não haver prática de ilícitos da mesma natureza.

Segundo Sanseverino, em especial no caso das grandes empresas; "Essa característica tem surgido com cada vez maior frequência nas ações de indenização por danos extrapatrimoniais [...] aparecendo na fundamentação das decisões a referência ao seu aspecto didático-pedagógico."⁷³

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, a noção de função punitiva, ao reparar dano extrapatrimonial, encontra defensores na doutrina e na jurisprudência, com muitos adeptos que afirmam que “a satisfação do dano extrapatrimonial visa, além de atenuar o sofrimento do injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras; fazendo que o ofensor não deseje repetir o comportamento; e servir de exemplo [...]”⁷⁴, seguindo a ideia de “dupla função” da reparação do dano extrapatrimonial.

Conforme Theodoro Júnior, no caso dos danos morais, a sanção civil realiza – de modo indireto – a função de restabelecer o equilíbrio das relações privadas. Tal tarefa não pode

⁷¹ Id., 2010, p. 274.

⁷² SANSEVERINO, 2010, p. 274.

⁷³ Id., 2010, p. 275

⁷⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 47.

ser realizada pelo juiz sem que ele, ao cuidar do arbitramento, considere também a situação patrimonial, bem como pessoal das partes e a proporção do lucro obtido com o ilícito. Aqui incide a questão da necessidade se empregar, no momento do arbitramento, o “critério da equidade”, prevenindo que a reparação de dano real seja convertida, em razão de sua figura exagerada e desigual na figura do *summum ius, summa injuria*. É necessário que a sanção seja expressiva, embora não exagerada ou desproporcional, para que seja cumprida sua função de desestímulo.⁷⁵

Essa crescente aplicação da função punitiva da responsabilidade civil tem dois lados; o lado positivo da função preventiva é promover mais cautela por parte das empresas, tanto com seus empregados como com seus consumidores. O lado negativo em destacar-se a função punitiva consiste em gerar “[...] confusão entre a reparação do dano extrapatrimonial e de indenização punitiva (os punitive damages ou os exemplary damages) [...]” Diante da dificuldade em fixar métodos objetivos para o arbitramento da indenização referente aos danos não patrimoniais, sua quantificação constitui uma das maiores dificuldades da prática forense atualmente.⁷⁶

Entre os tipos de reparação, convém observar que a reparação *in natura*, nos casos de indenização por dano extrapatrimonial não ocorre propriamente uma reparação natural, pois não há como restaurar bens jurídicos sem caráter econômico, como é o caso dos direitos de personalidade. Sanseverino conclui então que a chave está na indenização pecuniária, devendo sua quantificação ser feita por tarifamento legal ou arbitramento judicial.⁷⁷

Quanto ao tarifamento, observa-se que estipular limites rígidos à indenização do dano moral é incompatível com os princípios constitucionais, por poder caracterizar atenuação da tutela do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade. No entanto, se houvesse regra disciplinando tetos suficientemente altos com o rol de exceções que permitam flexibilizar a regra, nos casos em que o ofensor teve lucro proveniente do ato ilícito ou em casos que os valores previamente estipulados se mostram insuficientes, poder-se-ia ter uma norma para exercer as finalidades de retribuição e dissuasão.⁷⁸

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 46.

⁷⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 275.

⁷⁷ Id., 2010, p. 277.

⁷⁸ ANDRADE, 2009, p. 310-312.

De acordo com Sanseverino⁷⁹, no atual contexto do direito brasileiro, a melhor forma de arbitrar a indenização por danos extrapatrimoniais é a quantificação, feita pelo magistrado, de forma *equitativa*, seguindo o princípio da razoabilidade.

Assim, de acordo com Noronha e Sanseverino, não sendo possível compensar integralmente, por meio de uma soma pecuniária, o dano extrapatrimonial gerado, a solução corresponde à uma reparação de natureza satisfatória, que deve seguir a noção de equidade, ainda que não seja equivalente com o prejuízo (não patrimonial) sofrido.

No Brasil, explica Sanseverino⁸⁰, diferentemente de outras legislações como a de Portugal, não há uma norma geral que delimite o arbitramento da indenização a dano não patrimonial. Tem-se na legislação pátria, nos casos de crime contra a honra, a regra específica do art. 953, parágrafo único, do Código Civil de 2002, diz que, não sendo possível ao ofendido comprovar prejuízo material, deverá o magistrado fixar de modo equitativo o valor da indenização, de acordo com as características do caso.⁸¹ Assim, seguindo o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁸², em face à ausência de norma expressa, seria possível estender essa regra por analogia às outras hipóteses de prejuízos que não possuem caráter econômico.

Prosseguindo-se nessa linha, cabe destacar que a autorização prevista em lei para arbitrar a indenização de modo equitativo não corresponde à outorga de um poder arbitrário ao magistrado, uma vez que deve o valor ser fixado considerando-se a razoabilidade, bem como deve possuir a devida fundamentação, indicando-se os critérios utilizados. No tocante aos critérios para fixação do montante da indenização, a doutrina e a jurisprudência tem enfrentado dificuldades para delimitar esses critérios “razoavelmente objetivos” a serem empregados pelo juiz nessa fase de quantificação da indenização por dano não patrimonial, que sigam concomitantemente os preceitos da justiça comutativa e da equidade.⁸³

No momento em que as decisões judiciais vão arbitrar a indenização decorrente de danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias a valorar nessa operação têm sido “[...] a gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente

⁷⁹ SANSEVERINO, 2010, p. 280.

⁸⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 281.

⁸¹ “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.”

⁸² “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁸³ SANSEVERINO, 2010, p. 282-283.

responsável, a eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes envolvidas”.⁸⁴

Conforme o entendimento de Theodoro Júnior, não pode ser arbitrada a indenização sem ter havido um juízo ético de valoração acerca da gravidade do dano, considerado as circunstâncias do fato e, especialmente, as condições da vítima. O montante reparatório deverá ser “equilibrado”, aqui de acordo com a prudência do juiz. A indenização arbitrada não deve ser nem “pífia nem exorbitante”. Ainda, deve-se considerar a situação econômico social daquele a receber reparação, pois deve haver o cuidado para não fazer da sanção civil em fonte de enriquecimento sem causa.⁸⁵

Nessa linha, examina:

A utilização dessas circunstâncias, que guardam semelhança com as previstas no art. 59 do Código Penal, encontra respaldo no postulado da razoabilidade, pois além dos pontos de contato já analisados entre a responsabilidade civil e penal, o principal problema enfrentado pelo juízo penal na fixação da pena por um crime é semelhante ao do juízo cível na quantificação da indenização por danos morais. [...] A principal diferença é que, na esfera penal, há a indicação pelo legislador de limites mínimos e máximos para as penas restritivas de liberdade, o que não ocorre na responsabilidade civil.⁸⁶

Ainda que essas circunstâncias têm valor no momento de auxiliar o juiz a fixar o montante da indenização, a falta de parâmetros máximos e mínimos é um entrave à sua utilização, uma vez que há espaço para discricionariedade ampla do magistrado, gerando incerteza nos valores indenizatórios. A hipótese de adoção de um sistema de tarifamento legislativo não se mostra condizente com o princípio da reparação integral, a qual se baseia na “avaliação concreta dos prejuízos indenizáveis”. Outro critério bastante utilizado na prática judicial, ainda que não expressamente assumido pelos tribunais, é a “valorização do bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danosos (vida, integridade física, liberdade honra)” que se expressa na fixação de indenizações por danos extrapatrimoniais de acordo com os precedentes que julgaram casos similares.⁸⁷

A vantagem desse critério reside na manutenção, bem como da coerência nos julgamentos realizados. Outro ponto positivo é possibilitar a valorização do interesse jurídico que foi lesado, permitindo que a reparação mantenha relação proporcional com o bem jurídico

⁸⁴ Id., 2010, p. 283.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 46.

⁸⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 283-284.

⁸⁷ Id., 2010, p. 286.

violado. Como desvantagem, tem-se alguns problemas práticos, como o fato de sua utilização ser individual pelas unidades jurisdicionais, com pouca visibilidade do conjunto jurisprudencial como um todo. Ainda, há a questão do risco de ser empregado com severa rigidez, incorrendo em tarifamento judicial das indenizações aos danos extrapatrimoniais.⁸⁸

Analizados os critérios anteriores, Sanseverino conclui que o método que se mostra mais adequado para quantificar razoavelmente a indenização por danos não patrimoniais decorre da união dos critérios de “valorização sucessiva das circunstâncias” e do “interesse jurídico lesado”, contemplando-se assim as exigências de equidade e de justiça equitativa.⁸⁹

⁸⁸ Id., 2010, p. 287.

⁸⁹ SANSEVERINO, 2010, p. 288.

Capítulo II – O instituto dos *Aggravated Damages* e dos *Punitive Damages*

Para tratar da função punitiva no Direito Civil e da crescente referência aos *punitive damages* ou à indenização punitiva pela jurisprudência, é necessário compreender o desenvolvimento e as características desse instituto no sistema em que se originou.

Ainda, é imperioso analisar a questão de sua distinção com os *aggravated damages*, instituto semelhante aos *punitive damages*, mas – em tese – distinto, por se tratar indenização de caráter compensatório.

Compreender esses dois institutos e sua contestável distinção, em seu sistema de origem, mostra-se relevante para a discussão atual na doutrina sobre responsabilidade civil brasileira, acerca da possibilidade de haver um viés punitivo em harmonia com a função reparatória na indenização do dano extrapatrimonial.

2. 1 O *Common Law* e a responsabilidade civil

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o *Sistema de Common Law*. Dentre os sistemas de Direito, destacam-se duas famílias principais para o Direito ocidental, a “família romano-germânica”, ligada ao antigo Direito romano e originada na Europa Continental e a “família do *common law*”, adotada pelo Direito inglês e a maioria dos países de língua inglesa. Alguns países foram influenciados por este sistema, como é o caso da ex-colônia britânica Índia.⁹⁰

Nesse passo, conforme observa André Gustavo de Andrade⁹¹, a expressão *common law* indica um sistema jurídico no qual a decisão ou o *precedent* (ou precedente) constitui uma das fontes primárias do Direito. O conjunto dessas decisões recebe o nome de *case law*⁹² e vincula as decisões futuras, tendo preferência sob as normas abstratas estabelecidas em dispositivos legais, aplicando-se assim o “Direito Comum”. O conceito de *common law*, consoante o Black’s Law Dictionary corresponde, em tradução livre, ao corpo de leis derivadas de decisões judiciais, preferindo-as sobre estatutos ou constituições⁹³.

⁹⁰ ANDRADE, 2009, p. 169.

⁹¹ Id., 2009, p. 169-170.

⁹² Segundo definição do Black’s Law Dictionary: “*caselaw*. (1861) The law to be found in the collection of reported cases that form all or part of the body of law within a given jurisdiction. - Also written case law; case-law. - Also termed decisional law; adjudicative law; jurisprudence; organic law.” Em tradução livre: A lei a ser encontrada no conjunto dos casos relatados que formam, todo ou parte, do corpo de leis dentro de uma dada jurisdição.

⁹³ Black’s Law Dictionary, no original “The body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions [...]”

Assim, nesse sistema fundamentado sobre os precedentes, a responsabilidade civil ganha contornos particulares. No *Common Law*, a responsabilidade civil corresponde ao *tort law* ou *law of torts*, sendo *tort* geralmente conceituado⁹⁴ como ato ilícito (*wrong, civil wrong*) que provoca um dano (*damage, injury, harm, loss*), diferenciado do inadimplemento contratual.

Edward Kionka explica que, caso uma definição de *tort* seja necessária, seria algo como “um ilícito civil, de forma que a conduta de um indivíduo cause um dano compensável à pessoa, propriedade, ou interesse de outro, em violação a dever imposto pela lei”. Entende que essa definição não conta muita coisa; dizer que a violação de um dever imposto pela lei cria responsabilidade civil (*tort liability*) deixa a questão em aberto. Isso sequer distingue *tort* de inadimplemento contratual, mas isso ignora o fato de que o inadimplemento de um dever contratual, sob certas circunstâncias, pode ser a base para gerar responsabilidade civil.⁹⁵

Segundo Kionka, a lei Inglesa em seus estágios iniciais não diferenciava *tort* e crime: na realidade, esses termos eram desconhecidos. Quando uma pessoa causava um dano a outra (*harmed another*), as soluções contavam com uma guerra privada ou disputa (*feud*) em retaliação, com objetivo de causar um dano equivalente ao ofensor. Ao passo que a lei passou a intermediar essas disputas privadas, em um primeiro momento apenas dava incentivos para as partes se resolverem por um acordo de compensação. Logo isso começou a requerer a utilização de uma forma primitiva de tribunal.⁹⁶

No *Common Law*, o propósito fundamental de indenização para compensar danos não destoa daquele presente no nosso ordenamento. Nessa linha, Sir Henry Brook afirma que o propósito primário em conceder uma indenização é compensar o demandante pelo dano que lhe

⁹⁴ ANDRADE, 2009, p. 174.

⁹⁵ KIONKA, Edward. **Torts in a Nutshell**. 2005, p. 5, no original: “If a definition of ‘tort’ is necessary, it will have to be something like this: A civil wrong, wherein one person’s conduct causes a compensable injury to the person, property, or recognized interest of another, in violation of a duty imposed by law. Obviously, this does not tell us very much. To say that the breach of a law-imposed duty creates tort liability begs the question. Moreover, not all violations of legal duties are torts. This does not even distinguish tort from breach of contract, since in the final analysis the law determines which contractual duties are enforceable. Some have defined “tort” by excluding “mere” breaches of contract, but this glosses over the fact that the breach of a contractual duty under certain circumstances can be the basis for tort liability.”

⁹⁶ Id., 2005, p. 14-15, no original: “English law in its earliest stages did not differentiate between tort and crime; indeed, such terms were unknown. When one person harmed another, the available remedies included a private war or “feud” in retaliation, the object being to cause an equivalent harm to the wrongdoer. As the law began to intervene in these private disputes, it first merely provided incentives for the parties to settle by an agreed compensation. Soon it began to require resort to a primitive form of trial (by ordeal or oaths) in lieu of the feud.”

foi provocado: recolocá-lo, até onde o dinheiro alcança fazê-lo, na posição que se encontraria caso o ilícito não tivesse sido feito a ele.⁹⁷

2.2 Punitive Damages

Discorrer sobre sanções punitivas na esfera do direito civil, ao se adentrar o Direito Inglês no campo dos *torts*, perpassa pelo controverso instituto dos *punitive damages*. Segundo a definição do Black's Law Dictionary, *punitive damages* corresponde, em tradução livre, à indenização concedida em adição à indenização compensatória (*actual damages*), quando o demandado agiu com culpa grave (*recklessness*), dolo (*malice*)⁹⁸, ou fraude (*deceit*); especificamente, indenização determinada de modo a penalizar do ofensor ou torná-lo um exemplo para outros.⁹⁹

Convém observar que a tradução mais adequada e precisa do termo '*punitive damages*' corresponde a 'indenização punitiva'¹⁰⁰, visto que a qualidade de 'punição' não se refere ao dano, mas à sua consequente indenização¹⁰¹.

Acerca de seu surgimento, conforme leciona Andrade¹⁰², comumente se atribui a origem dos *punitive damages* ao passado longínquo, em textos como o Código de Hamurábi (por volta do séc. XVIII a.C.), Código Hitita (séc. XV a.C.), Lei das XII Tábuas (de 450 a.C.) e Código Manu (de 200 a.C.), incluindo-se a Bíblia, sendo na Inglaterra que o instituto passou a se moldar e adquirir seus contornos atuais. No direito Inglês, a aplicação mais antiga de uma

⁹⁷ BROOKE, Henry. A brief introduction: the origins of punitive damages. KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 1 -3, p. 2, no original: "*The primary purpose of an award of damages is to compensate the claimant for the harm that has been done to him: to put the claimant back, so far as money can do it, in the position in which he would have been if the wrong had not been done to him.*"

⁹⁸ O termo "*Malice*" tem sentido mais próximo de 'dolo' ou 'maldade', do que o significado atribuído a 'malícia'. Segundo o Dicionário Merriam-Webster, em simples definição, *malice* corresponde à: "*a desire to cause harm to another person*", em tradução livre, ao desejo de causar mal a outra pessoa. Disponível em < <http://www.merriam-webster.com/>>. Acesso em 07/11/2016, às 12h20min.

⁹⁹ GARNER, 2009, P. 448. No original: "*Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit; specif, damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others.*"

¹⁰⁰ Conforme é apontado por Martins-Costa, o instituto dos *punitive damages* pode ser apreendido por meio da ideia de indenização punitiva, e não como "dano punitivo", como por vezes é lido (Usos e abusos da função punitiva, p. 16). No entanto, o presente trabalho se utilizará da terminologia em seu idioma original, buscando evitar a confusão com os institutos de indenização pátrios (ver VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil**: da reparação à punição e dissuasão. Os punitive damages e o direito comparado brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 23).

¹⁰¹ PIRES, Fernanda Ivo. **Responsabilidade Civil e o caráter punitivo da reparação**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 173.

¹⁰² ANDRADE, 2009, p. 178.

indenização punitiva remonta ao século XIII, ao Estatuto de Gloucester (1278), o qual estipula indenização triplicada (*treble damages*) nos casos que envolvem *action of waste*¹⁰³.

No entanto, pode-se dizer que a doutrina dos *punitive damages* teve seu início no século XVIII, com sua “primeira articulação explícita” no julgamento do caso *Wilkes v. Wood* (1763).¹⁰⁴ Vale destacar que o caso *Huckle v. Money* (1763), decorrente dos mesmo episódio, também representa um marco histórico na utilização de *punitive damages*.

Em *Wilkes v. Wood* (1763), uma edição do jornal *The North Briton* havia publicado um artigo anônimo, cujo conteúdo era supostamente ofensivo à imagem do rei George III, bem como de seus ministros. Após, foi determinada a expedição de um mandado genérico (*general warrant*) pelo secretário de Estado do rei, autorizando que os suspeitos de estarem envolvidos na publicação do artigo fossem presos, sem indicar nomes. Entre os 49 presos constava o autor do artigo, John Wilkes, veemente opositor no Parlamento.¹⁰⁵ Wilkes, na *action for trespass*, que demandou contra o subsecretário de Estado (Mr. Wood), que supervisionou a execução do mandado, levantou a questão arbitrariedade na violação de seu domicílio; os mensageiros do rei invadiram sua casa, tendo revirado seus pertences e apreendendo documentos privados, sem realização de seu inventário. Wilkes pediu a concessão de *exemplary damages*, arguindo que uma mera indenização de pequeno valor seria insuficiente para prevenir futuras ocorrências semelhantes. O júri decidiu pela indenização de £1000 em *punitive damages*.

No caso *Huckle v. Money* (1763), o tipógrafo Huckle foi preso por meio do mesmo mandado genérico e, em razão disso, interpôs uma *action for trespass, assault and imprisonment*. É relevante notar nesse caso que os relatos apontam que Huckle recebeu tratamento considerado como civilizado e cortês, tendo ficado preso por aproximadamente 6 horas, no entanto, o júri decidiu por arbitrar indenização punitiva no valor de £300 (cerca de trezentas vezes o valor de seu salário semanal).¹⁰⁶ O réu apelou admitindo sua responsabilidade, mas discutiu o valor da indenização por considerá-lo demasiado, considerando o tratamento

¹⁰³ A antiga *action of waste* era de natureza mista, sendo fundada em parte pelo referido estatuto, que visava recuperar a propriedade imobiliária que havia sofrido danos nas mãos do inquilino e instituir os *treble damages*. Cf. GARNER, Black's Law Dictionary, 2009, no original: "The old action of waste was a mixed action, being founded in part on the statute of Gloucester (A.D. 1278), which provided that 'he which shall be attainted of waste shall lose the thing wasted, and moreover shall recompense thrice as much as the waste shall be taxed at.' The action was to recover the land in which waste had been done and the treble damages. The statute of Gloucester was imported into this country, but many variant statutes now regulate the subject." Edwin E. Bryant, *The Law of Pleading Under the Codes of Civil Procedure* 13 (2d ed. 1899)."

¹⁰⁴ ANDRADE, 2009, p. 178.

¹⁰⁵ Id., 2009, p. 179.

¹⁰⁶ Id., 2009, loc. cit.

civilizado dado a Huckle na prisão, bem como o “pequeno” período que passou em cárcere, além da posição econômica e baixa renda deste. Lord Chief Justice Camden repeliu essa argumentação, considerando que o júri agiu bem em não conceder apenas uma indenização compensatória, mas reconhecendo que a violação do domicílio de um indivíduo por meio de um mandado genérico é uma das transgressões mais graves à liberdade individual.

Esses dois casos estabeleceram os precedentes da doutrina dos *punitive* ou *exemplary damages*, que poderiam ser instituídos nos casos em que desejasse punir os ofensores por terem provocado o ilícito de modo especialmente ultrajante, agindo com malícia, opressão ou ainda fraude.¹⁰⁷ Observa-se que ainda hoje o *case Huckle v. Money* é trazido à discussão nos casos em que ocorre abuso por parte de autoridade pública.¹⁰⁸

Merece menção a aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América. Os primeiros casos a se valerem do instituto ocorreram após os precedentes ingleses; como o caso *Genay v. Norris* (1784) e *Coryell v. Colbough* (1971). Todavia, até 1830, não fora fixada a função dissuasória do instituto, uma vez que sua função tendia a ser confundida com a compensatória. Em 1851 a Suprema Corte decidiu que, nos casos de responsabilidade civil, seria princípio estabelecido do *common law* o júri impor, considerando o grau de ofensa praticado, *punitive*, *exemplary* ou *vindictive damages*.¹⁰⁹

Em que pese os *punitive damages* terem conquistado uma dimensão própria nos Estados Unidos da América, o instituto é aplicado em maior ou menor forma em outros países adeptos ao *Common Law*, sendo consolidado o entendimento de que a responsabilidade civil, ao pleitear uma reparação ou compensação pelo dano sofrido, deve se valer das funções punitiva e preventiva.¹¹⁰

Na Inglaterra, até o século XX a jurisprudência não havia firmado de modo claro se os *exemplary damages* consistiam em modalidade de punição e dissuasão ou se correspondiam à forma de compensação extra em situações especiais.¹¹¹ Somente com o julgamento do caso *Rookes v. Barnard* foi que os *exemplary* ou *punitive damages* ganharam contornos mais definidos por sua natureza punitiva.¹¹²

¹⁰⁷ ANDRADE, 2009, p. 180.

¹⁰⁸ PIRES, 2014, p. 173.

¹⁰⁹ ANDRADE, 2009, p. 180.

¹¹⁰ Id., 2009, p. 203.

¹¹¹ Id., 2009, loc. cit.

¹¹² Id., 2009, p. 181.

2.3. *Rookes v. Barnard* e os *Aggravated Damages*

Os *aggravated damages* consistem em um modo de compensação extraordinária, nas situações em que a conduta ou a motivação do agente tenham provocado notável elemento de sofrimento mental ou angústia do ofendido, ou ainda, tenham agravado tais estados psicológicos.¹¹³ Trata-se de um instituto característico do Direito Inglês que, a partir do caso *Rookes v. Barnard*, propõe-se distinto dos *punitive damages*, embora essa acepção não seja única no *Common Law*¹¹⁴.

O *leading case* *Rookes v. Barnard* instituiu os requisitos necessários para emprego dessa modalidade de indenização, além de buscar uma sistematizar a aplicação dos *punitive* (ou *exemplary*) damages. Destaca-se a reflexão feita por Lord Devlin, em que se propôs analisar a extensão e em que tipo de caso a indenização punitiva tinha sido aplicada no direito Inglês até aquele momento, traçando o histórico da origem dos *exemplary damages* com os casos *Wilkes v. Wood* (1763) e *Huckle v. Money* (1763) até aquele momento.

O caso *Rookes v. Barnard* (1964) trata da disputa entre Douglas Rookes, que trabalhava como projetista para a *British Overseas Airways Corporation* (BOAC) e, após um desentendimento, deixou o sindicato, *Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsman* (AESD). No entanto, a BOAC e a AESD tinham um pacto de exclusividade, tendo esta ameaçado entrar em greve caso Rookes não quebrasse o contrato de trabalho com a BOAC ou fosse demitido. Rookes foi suspenso pela BOAC, que o demitiu alguns meses depois, pagando somente o salário proporcional a uma semana, sem aviso prévio. Douglas Rookes, então, acionou os dirigentes sindicais (sendo Barnard o presidente da filial) e argumentou ter sofrido uma coação ilegal (*tortious intimidation*), que empregou meios ilegais (ameaça de greve) para induzir a BOAC a encerrar seu contrato, o que resultou na ocorrência danos.

Em primeira instância, Rookes ganhou o caso, sendo-lhe concedida uma indenização de £7500 a título de *exemplary e aggravated damages*. Após, os requeridos

¹¹³ ANDRADE, 2009, p. 185.

¹¹⁴ A título exemplificativo, as Cortes do Canadá, Austrália e Irlanda aceitam a distinção inglesa entre *punitive e aggravated damages*, ao passo que no direito norte-americano, os termos *aggravated* e *punitive* não apresentam distinção. (Ver SEBOK, Anthony J.; WILCOX, Vanessa. *Aggravated damages*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 257-274., p. 266 e 269, respectivamente, no original: “*The courts in Canada and those in Australia and Ireland also accept a distinction between punitive and aggravated damages*” e “*A survey of modern American cases, treatises and scholarship reveals that no distinction is signified by the use of the term ‘aggravated’ damages instead of the term ‘punitive damages’ or ‘exemplary damages’.*”).

apelaram à Corte de Apelação (*Court of Appeal*) e ganharam. Rookes então levou o caso à instância superior, Casa dos Lordes (*House of Lords*), que entenderam presente o arguido em matéria de princípios e lei, mas que discordaram que a indenização deveria ser “exemplar e agravada”.¹¹⁵ Por fim, confirmou-se a decisão do primeiro grau, que deu ganho de causa a Rookes, imputando o sindicato como responsável pela coação, que foi considerada ilegal, por se valer de uma ameaça (de greve), a qual tinha poder de cumprir, para que a BOAC realizasse uma ação que, embora legal, serviria a um fim ilegal – provocar danos à terceiro (Rookes).

O caso encontra-se inserido no contexto histórico pós-Segunda Guerra, no qual o governo havia se tornado um grande empregador, o que ocasionou o crescimento e fortalecimento de alguns sindicatos (*Trade Unions*). Nas décadas de 1950 e 1960, a fração conservadora do governo, preocupada com o reduzido crescimento da economia britânica, passou a tentar controlar os preços e a congelar salários. Ao mesmo tempo, passou a examinar a questão dos “*closed-shops*”¹¹⁶ – termo utilizado para designar locais de trabalho que obrigavam os trabalhadores a pertencerem a um determinado sindicato. No caso *Rookes v. Barnard*, foi vista como uma oportunidade para os Conservadores agirem. A decisão de que Rookes deveria ser indenizado pelo sindicato era potencialmente séria para os *Trade Unions*, pois deixava claro que não possuíam o poder que pensavam ter. A eleição de Harold Wilson pacificou os temores dos sindicatos, bem como instituiu o *Trade Dispute Act* de 1965, que anulou efetivamente o julgamento do caso citado.¹¹⁷

O caso em tela não é visto como um referência pelos efeitos de sua decisão sobre o mérito da causa¹¹⁸ – que, como visto, foi logo nulificado pela lei *Trade Disputes Act* (1965); mas é considerado um *leading case* pelo voto de seu relator, Lord Devlin, que instituiu os requisitos necessários para configuração dos *aggravated damages*, em contraposição à aplicação dos *punitive damages*.¹¹⁹

¹¹⁵ VAN DEN BERGH, Tony. *Trade Unions – What are they?*, Ed: 1ª, Exeter, 1970, p.134.

¹¹⁶ Segundo o dicionário de Cambridge: “*a place of work where you have to belong to a particular trade union (= organization of workers)*”. Disponível em: < <http://dictionary.cambridge.org/pt/>>, Acesso em 07/11/2016, às 12h20min.

¹¹⁷ **1950-1964 Trade unions and post-war consensus**. The National Archives. Disponível em: <<http://www.nationalarchives.gov.uk/cabinetpapers/alevelstudies/1950-trade-unions.htm>>, Acesso em 07/11/2016, às 12h20min.

¹¹⁸ WALKER, Mark Pickersgill. **Punitive damages: uma análise do instituto, perspectivas e crítica à atual aplicação**. 2013. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

¹¹⁹ *Rookes v. Barnard* (1964). Disponível em <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>>. Acesso em: 04/11/2016, às 01h00.

Importante frisar que o termo *aggravated damages* possui significados distintos para o direito nos Estados Unidos da América e o para os integrantes do *Commonwealth*; no primeiro, é raramente empregado e é utilizado como sinônimo de *punitive damages*, ao passo que na Inglaterra, o uso do termo faz referência a um tipo específico de indenização compensatória (*compensatory damages*). Outrossim, o termo é utilizado como pequenas diferenças entre o restante dos países da *Commonwealth*, mas sempre como espécie de *compensatory damages*, não equivalente a *punitive damages*.¹²⁰

Nesse passo, convém destacar alguns trechos do *case* citado, no qual Lord Devlin afirma que a indenização punitiva (*exemplary damages*) difere em essência da indenização comum (*ordinatory damages*), pois, no sentido usualmente empregado, o termo ‘indenização’ (*damages*) tem por objeto ‘compensar’. O objeto da indenização punitiva (*exemplary damages*) é punir e prevenir. Ponderou, ainda, que isso confunde as funções civil e criminal da lei.¹²¹

Lord Devlin observa ainda que, em muitos casos de *tort* a indenização é extrapatrimonial (*damages at large*), que não a limitada à perda pecuniária que pode ser especificamente provada. Reflete que, no caso em análise, afastando-se a discussão entre *exemplary* ou *aggravated damages*, os danos do Apelante, não se restringiam somente à um valor pecuniário, exemplificando situações como a inconveniência em ter que mudar de emprego e talvez a infelicidade em mudar de estilo de vida.¹²²

Ainda, ressalta que é consolidado o entendimento de que em casos nos quais a indenização por danos extrapatrimoniais (*damages at large*), o júri ou o juiz pode motivar o *decisium*, ao estabelecer a compensação apropriada, com base nos motivos e na conduta do ofensor, quando estas circunstâncias agravaram o prejuízo causado à vítima. Pode haver dolo (*malevolence*) ou rancor (*spite*) ou a maneira de cometer o dano seja tal que viole os sentimentos de dignidade e orgulho (*proper feelings of dignity and pride*) da vítima. No entanto, em se

¹²⁰ SEBOK, Anthony J.; WILCOX, Vanessa. Aggravated damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 257-274, p. 257.

¹²¹ *Rookes v. Barnard* (1964), p. 34.

¹²² *Rookes v. Barnard* (1964), p. 34, no original: “It must be remembered that in many cases of tort damages are at large, that is to say, the award is not limited to the pecuniary loss that can be specifically proved. In the present case, for example, and leaving aside any question of exemplary or aggravated damages, the Appellant's damages would not necessarily be confined to those which he would obtain in an action for wrongful dismissal. He can invite the jury to look at all the circumstances, the inconvenience caused to him by the change of job and the unhappiness maybe by a change of livelihood.”

tratando de indenizações avultosas, não é fácil determinar se a prevalência foi da ideia de compensação ou punição.¹²³

Lord Devlin sustenta a ideia de que uma classe de caso que é muito mais precisa; sendo esta classe do caso em que o dano ao ofendido foi agravada por malícia (dolo) ou pela maneira (conduta) de provocar o dano, ou seja, a insolência ou arrogância pela qual é acompanhado¹²⁴. Nessa linha, faz alusão à seis casos¹²⁵ previamente inseridos no histórico dos *exemplary damages*, que em sua opinião seriam todos melhor explicados, em princípio, como casos de indenização agravada, embora afirme que não constituem casos que as somas concedidas podem ser tomadas como um exemplo do que uma indenização compensatória deveria ser. Pondera que nos casos *Owen v. Reo* e *Williams v. Settle*, as somas atribuídas poderiam ser muito mais facilmente explicadas com base na indenização agravada do que na punitiva; quanto ao caso *London v. Ryder*, entende que deveria ser completamente anulado, pois a soma a título de compensação foi extremamente elevada, não havendo porque, então, adicionar-se a isso uma soma ainda maior referente à indenização exemplar. Por fim, Lord Devlin espera retirar do direito a fonte da confusão entre *aggravated* e *exemplary damages*.¹²⁶

Foi na resolução do caso em exame que a Câmara dos Lordes, pela primeira vez, pôs-se a analisar detidamente qual era a linha divisória entre as duas formas de indenização (*punitive* e *aggravated damages*) e em quais casos a conduta do ofensor contribuiu para agravar

¹²³ *Rookes v. Barnard* (1964), p. 34-35, no original: “Moreover, it is very well established that in cases where the damages are at large the jury (or the judge if the award is left to him) can take into account the motives and conduct of the defendant where they aggravate the injury done to the plaintiff. There may be malevolence or spite or the manner of committing the wrong may be such as to injure the plaintiff’s proper feelings of dignity and pride. These are matters which the jury can take into account in assessing the appropriate compensation.”

¹²⁴ *Rookes v. Barnard* (1964), p. 39, no original: “It is the class of case in which the injury to the plaintiff has been aggravated by malice or by the manner of doing the injury, that is, the insolence or arrogance by which it is accompanied

¹²⁵ Referência do relator do voto ao trecho extraído da p. 35, no original: “*Tullidge v. Wade* (1769) 3 Wils. K.B. 18, *Leith v. Pope* (1779) 2 Black. W. 1327, *Merest v. Harvey* (1814) 5 Taunton 442, *Sears v. Lyons* (1818) 2 Stark. 317, *Williams v. Curry* (1845) 1 C.B. 841 and *Emblen v. Myers* (1860) 6 H & N 54. They cover seduction, malicious prosecution and trespass.”

¹²⁶ *Rookes v. Barnard* (1964), p. 39, no original: “The older group of six cases which I have cited, beginning with *Tullidge v. Wade*, discloses no statement of principle. In my opinion all these cases can best be explained in principle as cases of aggravated damage, though I am not saying that in all the cases the sums awarded can be taken as an example of what compensatory damages ought to be. The direct authority for exemplary damages in this category of case lies in the three modern decisions of the Court of Appeal. I think that your Lordships, if you agree with my conclusion, are bound to express your dissent from most of the reasoning in all of them. *Owen v. Reo* and *Williams v. Settle*, even if the latter is considered apart from the Copyright Act, can be justified in the result as cases of aggravated damage; and indeed the sums awarded could, to my mind, more easily be justified on that ground than on the ground that they were exemplary. *London v. Ryder* ought, I think, to be completely overruled. The sums awarded as compensation for the assault and trespass seem to me to be as high as, if not higher than, any jury could properly have awarded even in the outrageous circumstances of the case; and I can see no justification for the addition of an even larger sum as exemplary damages. The case was not one in which exemplary damages ought to have been given as such”.

o dano e em qual ela requeria a indenização punitiva. Por duzentos anos, os conceitos foram utilizados de forma embaralhada. Lord Devlin procedeu à reclassificação dessa classe única e nebulosa, dividindo-a em duas, mutuamente exclusivas. Desse momento em diante, *aggravated damages* passou a designar aquilo que o reclamante havia sofrido em sentimentos feridos (*wounded feelings*), separado e independente de dor e sofrimento (*pain and suffering*), enquanto os *punitive damages* seriam empregados para marcar aquilo que o júri ou o juiz viam na conduta do reclamado, e para punir e dissuadir posteriores condutas similares.¹²⁷

Andrade¹²⁸ aponta para o debate acerca da finalidade punitiva dos *aggravated damages*; há a alegação de que não possuem âmbito punitivo, por buscar *somente compensar* um dano não patrimonial (sentimentos do ofendido), em situações que a indenização “básica” não se mostra suficiente como modo de compensação, sendo inconfundível com os *punitive damages*. No entanto, na visão de Andrade, associar esse modo de sanção à conduta do agente demonstra um caráter parcialmente punitivo, deixando este instituto entre a compensação e a punição, ao passo que os *punitive damages*, por sua essência, seriam espécie singular dentre as outras modalidades de *damages*.

Em adição à indenização puramente compensatória, sob a lei Inglesa, concessão da indenização ainda pode conter um elemento de *aggravated damages*, surgindo talvez pela forma que o demandado se comportou no momento de cometer o ilícito original, ou como ele continuou a se comportar após a demanda ser interposta em seu desfavor.¹²⁹

No direito Inglês, antes do caso *Rookes v. Barnard*, os termos “*punitive*” e “*aggravated*” *damages* eram usados como equivalentes, a fim de indicar que a indenização outorgada podia ter sido maximizada além de uma indenização básica que seria necessária para realizar a compensação do requerente. Enquanto no direito inglês o caso *Rookes v. Barnard* criou uma distinção para essas duas modalidades de indenização, nos Estados Unidos perdura essa utilização dos dois termos como sinônimos.¹³⁰

¹²⁷ SEBOK; WILCOX, 2009, p. 258.

¹²⁸ ANDRADE, 2009, p. 185-186.

¹²⁹ BROOKE, 2009, p. 1, no original: “*In addition to purely compensatory damages, under English law, the award may also contain an element of aggravated damages, arising perhaps from the way the defendant behaved when committing the original wrong, or how he has continued to behave after the claim was made against him.*”

¹³⁰ SEBOK; WILCOX, 2009, p. 258: “*As can be seen, much like the position in the United States today, “punitive” and “aggravated” damages were used indiscriminately to indicate that damages awarded might be enhanced beyond the basic damages needed to compensate a claimant.*”

2.4 A natureza dos *aggravated damages* e os requisitos para sua concessão

Vale destacar que em muitos casos de indenização na responsabilidade civil (*torts*), o montante concedido não está limitado a um valor pecuniário que pode ser especificamente provado.¹³¹

Entre as particularidades dos *aggravated damages*, ao contrário dos *punitive damages* na lei Inglesa, eles não estão limitados por categorias. Por outro lado, do mesmo que os *punitive damages*, eles devem ser expressamente requeridos.¹³²

Há duas pré-condições básicas para a concessão de *aggravated damages*, são elas: (1) Conduta excepcional ou insolente (*exceptional or contumelious conduct*) ou motivo pela parte do requerido em cometer o ilícito, ou, em certas circunstâncias, subsequente ao ilícito; e (2) sofrimento psicológico (*mental distress*) mantido pelo requerente como resultado [do ilícito].¹³³

Após o julgamento do caso *Richard v. Howie* (2004), conforme aponta Wilcox, os requisitos mínimos requeridos¹³⁴ para concessão de *aggravated damages* nos casos de agressão (*assault*) e outros ilícitos similares aumentaram.

O caso versa sobre o pedido de indenização por danos decorrentes de *assault and battery*, que teriam sido agravados pela conduta do ofensor. Em breve síntese, Iain Andrew Howie foi condenado por *assault* e a vítima Nicola Jane Richardson, em sequência, interpôs uma ação pleiteando, entre outras coisas, indenização por *assault and battery*.¹³⁵ A querelante sofrera múltiplas lacerações em seu escalpo e outras lesões no corpo, perpetradas por seu

¹³¹ *Rookes v. Barnard* (1964), p. 35, no original: “It must be remembered that in many cases of tort damages are at large, that is to say, the award is not limited to the pecuniary loss that can be specifically proved.”

¹³² SEBOK; WILCOX, 2009, p. 259, no original “Unlike punitive damages under English law, aggravated damages are not limited by a categories test. Like punitive damages however, they must be specifically pleaded.”

¹³³ THE LAW COMMISSION. **Report no. 247: Aggravated, exemplary and restitutionary damages.** Londres: **TLC**, 1997. 196 p. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/LC247.pdf>>. Acesso em: 24/11/2016, às 00h40min. (p. 11), no original: “There seem to be two basic preconditions of an award of aggravated damages: (1) exceptional or contumelious conduct or motive on the part of a defendant in committing the wrong, or, in certain circumstances, subsequent to the wrong; and (2) mental distress sustained by the plaintiff as a result”

¹³⁴No original “threshold” – Segundo o dicionário Merriam-Webster, seu significado legal corresponde à: “a point of beginning : a minimum requirement for further action; specifically : a determination (as of fact or the existence of a reasonable doubt) upon which something else (as further consideration or a right of action) hinges <the threshold for inquiry>”. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com>>, Acesso em 07/11/2016, às 12h20min.

¹³⁵ Richardson v Howie (2004), p. 02. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1127.html>>. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00. No original “In 2001 Miss Richardson brought a claim in the Hastings County Court seeking damages for assault and battery arising out of the assault in Barbados. Her claim included a claim for aggravated damages.”

parceiro, réu, que a golpeou diversas vezes com uma garrafa, atingindo seu pescoço e sua cabeça, tendo ainda batido com sua cabeça contra o chão. O juiz, em primeira instância, julgou a ação procedente e sentenciou o pagamento de £ 10,000 a título de indenização, incluindo £ 5,000 em *aggravated damages*¹³⁶.

A Corte de Apelação entendeu que o juiz de primeiro grau fez poucas deliberações sobre as provas apresentadas e não explicitou nenhuma razão para a concessão de *aggravated damages*, tendo a Corte concluído que o juiz falhou completamente em explicar a outorga de *aggravated damages*.¹³⁷ A Corte julgou a soma total de £ 10,000 como demasiadamente elevada e, assim, substituiu por uma indenização (*general damages*)¹³⁸ no valor de £ 4,500 que avaliou ser suficiente para cobrir uma indenização pelas cicatrizes, sentimentos feridos (*injured feelings*) e outros assuntos.

Salienta-se o trecho a seguir exposto, em tradução livre: *Os fatos desse caso, claramente, de nenhum modo se aproximaram do caso completamente excepcional em que a concessão de uma indenização agravada poderia ser apropriada.*¹³⁹ Consoante externado por Wilcox, o que seria “caso completamente excepcional” (*wholly exceptional case*) não foi explicado, gerando uma lacuna, bem como que o fato desse ataque brutal não ser considerado qualificado para uma indenização agravada indica que os parâmetros estabelecidos foram muito altos.¹⁴⁰

Nas situações de prisão ilegal (*false imprisonment and malicious prosecution*), a Corte de Apelação, por meio do voto do Lorde Woolf M.R. no caso *Thompson and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis* (1997), promoveu diretrizes à aplicação de indenização a título de *aggravated damages*; embora as instruções fossem dirigidas ao júri para

¹³⁶ Richard v. Howie (2004), p. 02, no original “On 2, 3, 4 and 9 July 2003 the action was tried at the Brighton County Court before HH Judge Kennedy QC. At the conclusion of the hearing the judge gave his decision. He gave judgment for Miss Richardson for £10,000 including aggravated damages of £5,000 in respect of her claim for assault and gave judgment for Mr Howie for the return of certain of the goods. He dismissed all the other claims.”

¹³⁷ Richard v. Howie (2004), p. 3, no original: “As can be seen from the judgment, the judge made very few findings and gave no reasons at all for the award of aggravated damages. It was accepted on behalf of Miss Richardson that the judge had entirely failed to explain the award of aggravated damages [...]”

¹³⁸ *General Damages* é um termo que designa uma indenização de caráter compensatório (inserida nos *compensatory* ou *actual damages*), que se refere aos danos decorrentes de determinados tipos de *tort*, não possuindo expressão equivalente no direito civil brasileiro.

¹³⁹ Richard v. Howie (2004), p. 7, no original: “The facts of this case clearly did not in any way approach the wholly exceptional case where an award of aggravated damages might still be appropriate.”

¹⁴⁰ SEBOK; WILCOX, 2009, p. 261, no original: “That this brutal attack was held not to qualify for aggravated damages indicates that the bar has been set very high!”

auxiliá-los a valorar a quantia apropriada de *aggravated damages*, essas diretrizes ganharam um papel mais amplo.¹⁴¹

Como diretrizes gerais para concessão de *aggravated damages*, segundo o voto do Lorde Woolf M. R., apresentam-se os seguintes pontos extraídos do *case* analisado, em tradução livre:

Se o caso é tal em que uma indenização agravada é requerida e pode ser apropriadamente concedida, a natureza dos *aggravated damages* deve ser explicada ao júri. Tal indenização pode ser concedida quando existem características agravantes sobre o caso, que iriam resultar no requerente não recebendo a compensação suficiente pelo dano sofrido, se a sentença fosse restrita a *basic award*. Característica agravantes podem incluir circunstâncias humilhantes no momento da prisão ou qualquer conduta daqueles responsáveis pela prisão ou acusação que mostra que eles se comportaram de modo arrogante, insultante, doloso ou opressivo, seja em relação à prisão ou ao encarceramento ou à condução da acusação. Características agravantes podem também incluir a forma como o litígio e o julgamento foram conduzidos.¹⁴²

Nesse passo, o júri deve então ser avisado que se eles considerarem que o caso é um que merece indenização além da indenização básica (*basic damages*), eles devem normalmente criar uma categoria separada para cada outorga. Nesse ponto, o Lorde Woolf M.R observa que essa diretriz é contrária à prática em vigor naquele momento, mas na visão da Corte, irá resultar em uma melhor transparência no que se refere à constituição da quantia a ser concedida.¹⁴³

¹⁴¹ SEBOK; WILCOX, 2009, p. 262, no original: “In 1997, the Court of Appeal in *Thompson and Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis*, through the speech of Lord Woolf M.R., issued a number of guidelines and brackets as directions to be given to juries to assist them in the appropriate amount of aggravated damages to be awarded. Although specifically in respect of false imprisonment and malicious prosecution actions, the guidelines have played a broader role in reining the amount of such damages awarded.”

¹⁴² *Thompson and Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis* (1997), p. 10-11. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00. No original: “If the case is one in which aggravated damages are claimed and could be appropriately awarded, the nature of aggravated damages should be explained to the jury. Such damages can be awarded where there are aggravating features about the case which would result in the plaintiff not receiving sufficient compensation for the injury suffered if the award were restricted to a basic award. Aggravating features can include humiliating circumstances at the time of arrest or any conduct of those responsible for the arrest or the prosecution which shows that they had behaved in a high handed, insulting, malicious or oppressive manner either in relation to the arrest or imprisonment or in conducting the prosecution.. Aggravating features can also include the way the litigation and trial are conducted. [The aggravating features listed take account of the passages in the speech of Lord Reid in the case of *Broome at 1085* and *Pearson LJ in [1965] 1 QB 86 at 104.*”

¹⁴³ *Thompson and Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis* (1997), p. 11, no original: “The jury should then be told that if they consider the case is one for the award of damages other than basic damages then they

Lorde Woolf M.R. pondera que, quando é apropriado conceder uma indenização agravada, é improvável que o valor seja menos que £1,000. A Corte pensa não ser possível indicar uma relação aritmética precisa entre os *basic damages* e os *aggravated damages*, pois as circunstâncias irão variar de caso a caso. Usualmente, todavia, não se deve esperar que a indenização agravada seja maior que o dobro de *basic damages*, exceto, talvez, em determinadas situações que *basic damages* sejam um valor modesto.¹⁴⁴

Prosseguindo na questão, explica que deve ser fortemente enfatizado ao júri que o valor total referente à *basic damages* e a indenização agravada, não deve exceder aquilo que o júri considera ser compensação justa pelo dano que o requerente sofreu. Ainda, deve ser esclarecido que se *aggravated damages* são concedidos, tal indenização, embora compensatória e não pretendida como uma punição, irá de fato conter um elemento penal.¹⁴⁵

Por fim, entende que em um caso apropriado, o júri deve, ademais, ser avisado que, apesar de o requerente ter sucesso no reconhecimento da responsabilidade do requerido, qualquer conduta imprópria pela qual aquele seja considerado culpado pode reduzir ou até eliminar qualquer concessão de indenização agravada ou punitiva, se o júri considerar que sua conduta causou ou contribuiu para o comportamento do qual se queixou. Pondera também que os valores sugeridos nas diretrizes sejam ajustados conforme o avanço da inflação.¹⁴⁶

should usually make a separate award for each category. [This is contrary to the present practice but in our view will result in greater transparency as to the make up of the award]”

¹⁴⁴ *Thompson and Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis* (1997), p. 11, no original: “We consider that where it is appropriate to award aggravated damages the figure is unlikely to be less than a £1,000. We do not think it is possible to indicate a precise arithmetical relationship between basic damages and aggravated damages because the circumstances will vary from case to case. In the ordinary way, however, we would not expect the aggravated damages to be as much as twice the basic damages except perhaps where, on the particular facts, the basic damages are modest.”

¹⁴⁵ *Thompson and Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis* (1997), p. 11, no original: “It should be strongly emphasised to the jury that the total figure for basic and aggravated damages should not exceed what they consider is fair compensation for the injury which the plaintiff has suffered. It should also be explained that if aggravated damages are awarded such damages, though compensatory are not intended as a punishment, will in fact contain a penal element as far as the defendant is concerned.”

¹⁴⁶ *Thompson and Hsu v Commissioner of Police of the Metropolis* (1997), p. 12, no original: “In an appropriate case the jury should also be told that even though the plaintiff succeeds on liability any improper conduct of which they find him guilty can reduce or even eliminate any award of aggravated or exemplary damages if the jury consider that this conduct caused or contributed to the behaviour complained of. The figures given will of course require adjusting in the future for inflation.”

2.5 Aplicação dos *punitive damages*, *aggravated damages* e sua tênue distinção

Como abordado nos pontos anteriores, o caso *Rookes v. Barnard* consolidou o entendimento do caráter punitivo dos *punitive damages*, enquanto reforçou que os *aggravated damages* teriam natureza compensatória.

As balizas para aplicação dos *punitive damages* foram delineadas no caso *Rookes v. Barnard* (1964)¹⁴⁷, limitando-se à três tipos de casos¹⁴⁸: 1) aqueles que tratam de ações **opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais** por parte de agentes do Estado; 2) casos nos quais o ofensor agiu de forma calculada para atingir um proveito econômico superior ao valor da indenização compensatória a ser paga em prol do ofendido; e 3) nos demais casos em que a lei expressamente autorize.

O caso *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* (1972) levou essas categorias à exame e, no que tange à primeira delas, acerca da expressão “*servants of government*” conferiu-se interpretação ampla. Já no tocante à segunda hipótese de aplicação, evidenciou-se não ser exigível que o ofensor tenha feito cálculo aritmético do valor que iria auferir em decorrência do ilícito, bastando que possuísse consciência de que provavelmente iria se beneficiar com ilícito.¹⁴⁹

O relatório *Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages*, realizado pela *Law Commission for England and Wales*, em 1997, orientou no sentido de rejeitar as categorias (*'categories test'*) instituídas no caso *Rookes v. Barnard*, além da supressão do requisito da limitação factual (*'cause of action test'*), exigida em *AB v. South West Water Services*, sugerindo que deveriam ser substituídas por um teste geral de princípios de disponibilidade, mas essa expansão da responsabilização deveria estar sujeita à limitações maiores.¹⁵⁰ Por fim, recomendou que os *punitive damages* sejam cabíveis em todos os casos

¹⁴⁷ ANDRADE, 2009, p. 204.

¹⁴⁸ *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* (1972), p. 30. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1972/3.html>>. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00. No original: “*Lord Devlin expressed the view that there were only three categories of cases in which exemplary damages could be awarded, namely: — 1 . Where there had been oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government. 2. Where the defendant's conduct had been calculated by him to make a profit for himself which might well exceed the compensation payable to the plaintiff: and 3. Where exemplary damages are expressly authorised by statute.*”

¹⁴⁹ ANDRADE, 2009, p. 204.

¹⁵⁰ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 5, no original: “*Our central recommendations are that the ‘cause of action’ and ‘categories’ tests should be replaced with a general principled test of availability, but that that expansion of liability should be subject to major limitations.*”

que o agente, ao praticar um ato ilícito, ou em sua conduta posterior, demonstre proposital desconsideração com relação aos direitos do ofendido.¹⁵¹

Um ponto interessante demonstra parte da controvérsia sobre a utilização dos *exemplary damages* – os consultados consideraram que a posição legal atual desse instituto não poderia ser justificada, ou seja, o *status quo* não pode ser mantido, posição com a qual os autores concordam. Uma parte dos consultados (incluindo juízes experientes, profissionais e acadêmicos) consideraram que esse raciocínio resulta na abolição do instituto. Mas um número ainda mais alto considerou que esse raciocínio trazia uma expansão estatutória e guiada por princípios sobre a disponibilidade dos *exemplary damages*.¹⁵²

Em favor da manutenção do instituto, considerou-se que preenchia lacunas (*gaps*) na lei, nas quais outros remédios ou sanções mostravam-se inadequados, na prática, para punir e dissuadir condutas ilegais mais graves. Outrossim, considerou-se que prover *exemplary damages* como remédio em último recurso, o qual está sujeito a significantes limitações, e desde que a viabilidade e avaliação dos *exemplary damages* seja determinada por juízes – e não júris – *exemplary damages* são meios legítimos de atender à essa necessidade prática.^{153 154}

Na parte que trata sobre os *aggravated damages*, esse relatório examina a legislação atual e, em particular, a confusão que o cerca; se são uma medida punitiva de indenização, como

¹⁵¹ ANDRADE, 2009, p. 204-205.

¹⁵² THE LAW COMMISSION, 1997, p. 4-5, no original: “Almost without exception, consultees considered that the current legal position could not be justified; the status quo should not be maintained. We agree. But in what direction should the law develop? A number of consultees (including senior judges, practitioners and academics) considered that rationalisation entailed abolition. But a significantly higher number (also including senior judges, practitioners and academics) considered that rationalisation entailed a principled, statutory expansion of the availability of exemplary damages.”

¹⁵³ Id., 1997, p. 5, no original: “First, there is a practical need for exemplary damages. Our attention was drawn by large numbers of consultees to what are, or would be, ‘gaps’ in the law - areas in which other remedies or sanctions are inadequate, in practice, to punish and to deter seriously wrongful behaviour. [...] Secondly, we believe that, provided exemplary damages are a ‘last resort’ remedy which are subject to significant limitations, and provided that the availability and assessment of exemplary damages are determined by judges and not juries, exemplary damages are a legitimate way of meeting that practical need.”

¹⁵⁴ Sobre a formulação da orientação para reforma legislativa acerca dos *exemplary damages*: In formulating our recommendations, our guiding aims have been five-fold. First, exemplary damages should be an exceptional remedy, rarely-awarded and reserved for the most reprehensible examples of civil wrongdoing which would otherwise go unpunished by the law. Secondly, their availability (and assessment) must be placed on a clear, principled basis. Thirdly, although flexibility is necessary, unnecessary uncertainty as to the availability and assessment of the remedy must be avoided. Fourthly, defendants must not be unfairly prejudiced. Fifthly, the impact on the administration and funding of civil justice should not be adverse. We believe that, if legislative reform is guided by those aims, the remedy of exemplary damages can emerge as a useful and legitimate, rather than anomalous, civil remedy, which may be expected to command support from all but the strongest proponents of abolition. Cf. THE LAW COMMISSION. Report no. 247: Aggravated, exemplary and restitutionary damages, 1997, p. 5.

os *exemplary damages*, ou são compensatórios.¹⁵⁵ Conclui que os *aggravated damages* compensam a vítima por um ilícito que causou angústia mental (*mental distress* ou *injury to feelings*), em circunstâncias tais que o dano tenha sido causado ou aumentado em decorrência do modo pelo qual o demandado cometeu o ilícito, ou por sua conduta subsequente ao ilícito. Ainda, que não há justificativa para a lei reconhecer um remédio civil punitivo que é tanto adicional aos *exemplary damages*, quanto não restringido pelas severas restrições a que a lei impõe aos *exemplary damages*. As dificuldades levantadas por essa área foram esclarecidas na decisão da Corte de Apelação sobre o caso *Thompson v. MPC*.¹⁵⁶

As recomendações dadas pela Law Commission (1997) buscando dissipar tal confusão consistem em: que a lei deveria esclarecer que *aggravated damages* dizem respeito à compensar, e não em punir o ofensor; além disso, sempre que possível, a designação “*damages for mental distress*” (indenização por sofrimento mental) deveria ser utilizada no lugar da expressão que induz a erro “*aggravated damages*”.¹⁵⁷

Andrade chama atenção para o fato de que, infelizmente, a Câmara dos Comuns, apesar de ter aderido às recomendações feitas no que se refere aos *aggravated damages* e *restitutionary damages*, preteriu àquelas relacionadas aos *exemplary damages*, por julgar que não havia um claro consenso acerca do instituto. Destarte, as demarcações advindas dos precedentes estabelecidos em 1964 e 1972 mantém-se no Direito Inglês, sem perspectiva de mudança tão em futuro próximo.¹⁵⁸

Segundo Wilcox, *aggravated damages* têm sido concedidos por agressão física (*assault and battery*), dolo e coação (*deceit and intimidation*), prisão ilegal (*false imprisonment*), litigância de má-fé (*malicious prosecution*), difamação (*defamation*), relato

¹⁵⁵ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 3, no original: “In Part II of this Report we review the present law on aggravated damages, and in particular, the confusion that has surrounded their aims. Are they a punitive measure of damages, like exemplary damages, or are they compensatory?”

¹⁵⁶ Id., 1997, p. 3, no original: “Our conclusion is that aggravated damages compensate the victim of a wrong for mental distress (or ‘injury to feelings’) in circumstances in which that injury has been caused or increased by the manner in which the defendant committed the wrong, or by the defendant’s conduct subsequent to the wrong. There is no justification for the law recognising a punitive civil remedy that is both additional to exemplary damages, and unconstrained by the severe constraints which the law imposes on the availability of the latter. The difficulties which uncertainty in this area has caused in practice were recently highlighted in the Court of Appeal’s decision in *Thompson v MPC*.”

¹⁵⁷ Id., 1997, p. 3, no original: “We think it vital to dispel such confusion once and for all. Our recommendations aim to do so. We recommend that statute should clarify that aggravated damages are concerned to compensate and not to punish the wrongdoer, 15 and further that, wherever possible, the label ‘damages for mental distress’ should be used instead of the misleading phrase ‘aggravated damages’.”

¹⁵⁸ ANDRADE, 2009, p. 205.

falso com a intenção de causar danos (*malicious falsehood*)¹⁵⁹, discriminação (*unlawful discrimination*), dano à coisas móveis (*trespass to land*) e *unlawful interference with business* (interferência ilegal nos negócios) - mas não por negligência, violação de contrato nem por violações dos direitos definidos em Convenções recepcionadas. Segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (*Human Rights Act 1998*), ao decidir sobre conceder indenização, ou sobre quantia que deve ser concedida, o tribunal deve levar em consideração os princípios aplicados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em relação à concessão sob o art. 41 da Convenção. *Aggravated damages* não podem ser concedidos segundo a convenção, conforme parágrafo nono da Practice Direction on Just Satisfaction Claims, 28 March 2007. Crucialmente, a jurisprudência (*case law*) da Corte de Estrasburgo tem consistentemente apoiado essa visão.¹⁶⁰

No caso *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police* (2006), Susan Rowlands e sua família moravam na Eastham Road, n. 90, New Ferry, na Península Wirral e, do outro lado da rua, no n. 89, residia um grupo de vizinhos que, do ponto de vista da reclamante, poderia ser descrito como perturbador. Um dia antes de desocuparem o imóvel, deram uma festa de despedida que se estendeu durante o dia todo e se espalhou do interior da casa para o jardim da frente, na qual havia cerca de vinte pessoas e a festa estava tumultuada, com música em alto volume e bebidas alcoólicas. Rowlands telefonou para a polícia para reclamar e disseram-lhe para ligar novamente caso o barulho piorasse. Uma hora depois, ela ligou de mais uma vez para a polícia, que mandou uma patrulha para averiguar, composta pelos oficiais Patterson e Marshall, da Merseyside Police. Após terem passado no n. 89, as coisas se acalmaram, mas assim que deixaram o local, a perturbação começou novamente. Logo após, os oficiais voltaram e falaram com os moradores do n. 89, tendo Patterson se dirigido à casa de Rowlands.

Na sequência, houve uma discussão entre Patterson e Rowlands, que resultou na prisão desta, sendo algemada na frente de seus filhos e levada ao carro da polícia. Susan Rowlands disse que a dor em seus pulsos era excruciante e pediu para que o oficial afrouxasse

¹⁵⁹ Sinônimo de *injurious falsehood*, traz a ideia de difamação, de inventar uma informação inverídica para denegrir a imagem de outrem.

¹⁶⁰ SEBOK; WILCOX, 2009, p. 260-261, no original: “*Aggravated damages have been awarded, inter alia, for assault and battery, deceit, intimidation, false imprisonment, malicious prosecution, defamation, malicious falsehood, unlawful discrimination, trespass to land and unlawful interference with business – but not for negligence, breach of contract nor, seemingly, for violations of Convention rights, transposed by the Human Rights Act 1998. s.8(4) of the 1998 Act provides that in determining whether to award damages, or the amount of an award, the courts must take into account the principles applied by the European Court of Human Rights in relation to the award of compensation under art. 41 of the Convention. Aggravated damages are not awardable under the Convention: see par. 9 Practice Direction on Just Satisfaction Claims, 28 March 2007. Crucially, the case law of the Strasbourg Court has consistently supported this view*”

as algemas, no que Patterson deliberadamente as puxou provocando ainda mais dor à demandante. Rowlands foi acusada de ameaçar causar violência física (*assault*) a um oficial durante o cumprimento de seu dever. Cerca de sete meses depois, em procedimento julgado e Rowlands foi absolvida da acusação imputada.

A ofendida levou o caso à *Liverpool County Court*, pleiteando indenização por *assault*, prisão ilegal e litigância de má-fé. Requereu indenização pela lesão (*injury*), *pain and suffering* que sofreu durante a prisão. Outrossim, pediu a concessão de *aggravated damages* pela afronta à sua dignidade e *exemplary damages* em face das ações arbitrárias, opressivas e inconstitucionais da polícia.

O júri decidiu em favor de Rowlands, concedendo-lhe *basic damages* no valor de £2,500 por litigância de má-fé e £2,000 por *psychological injury* e £850 por prisão ilegal. O juiz então se dirigiu a questão dos *aggravated* e *exemplary damages*. Em primeira instância, a decisão considerou que não deveria haver indenização em caráter de *aggravated damages* – pois iria ocorrer um efeito de dupla compensação, uma vez que a demandante já havia recebido uma indenização compensatória, bem como que o caso não havia nada de excepcional para receber *exemplary damages*.¹⁶¹

A Corte de Apelação, por sua vez, ponderou que de fato havia o risco de dupla reparação nos casos em que eram concedidos *aggravated damages* em a favor de um demandante que também pleiteia indenização por dano psicológico (*psychiatric harm*). No entanto, não se pode aceitar que o mero fato de a indenização simples (*basic award*) incluir um elemento para compensar o dano psicológico (*psychiatric harm*) necessariamente impede a concessão de *aggravated damages*. Atualmente é geralmente reconhecido que a outorga de *aggravated damages* é essencialmente compensatória em natureza, não obstante o fato de que pode haver um efeito punitivo pelo aumento geral da quantia a ser paga pelo demandado.¹⁶²

¹⁶¹ GOW, Henry.. **A sorry tale; has Rowlands clarified the distinction between aggravated and exemplary damages?**, Reed Elsevier (UK) Ltd, New Law Journal, 02/02/2007, p. 2, no original: “The trial judge then addressed the question of aggravated and exemplary damages. Counsel for the defendant submitted that as aggravated damages were purely compensatory and the complainant had already received an award for psychological injury, there should be no award of aggravated damages because this would in effect duplicate compensation. Having heard argument the judge withdrew the question of aggravated damages from the jury. The judge also withdrew the question of exemplary damages from the jury on the basis that there was nothing exceptional about the case.”

¹⁶² *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police* (2006). Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1773.html> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00. No original: “Mr. Wells was quite right, in my view, to identify the danger of double recovery in cases where an award of aggravated damages is made in favour of a claimant who is also claiming damages for psychiatric harm. However, I am unable to accept that the mere fact that the basic award includes an element to compensate for psychiatric harm

Considera, ainda, que a distinção entre indenização simples (*basic*) e *aggravated damages* continuará a ter papel a desempenhar enquanto o direito de recuperação por repercussões intangíveis tais como humilhação, (*injury to pride and dignity*), tanto como pelo sofrimento causado pela conduta vingativa, maldosa, insultante ou arrogante do demandado, faça parte de algumas *causes of action* e não outras.¹⁶³

Quanto aos *aggravated damages*, a Corte de Apelação considerou que o juiz de primeiro grau havia se equivocado e, que os eventos em questão haviam afetado negativamente a saúde mental da demandada, bem como que o apelado era responsável por ter provocado sentimentos de humilhação e ressentimento, fazendo assim jus à indenização agravada.¹⁶⁴

A Corte de Apelação passou a analisar a questão dos *exemplary damages*, apontando que os testes a serem aplicados para avaliar a concessão de desse tipo de indenização consistia em verificar se havia ocorrido ação opressiva, arbitrária e inconstitucional. Seguindo a orientação no caso *Thompson*, concedeu £ 7,000 a título de *exemplary damages*.¹⁶⁵

Henry Gow, em seu artigo intitulado “A sorry tale”, infere que o caso *Rowlands* contribui bastante para esclarecer a aplicação de indenização que, embora compensatória, de fato tem um efeito punitivo¹⁶⁶. Nesse caso, a Corte considerou o ponto de vista, assim como em *Goswell*, que, enquanto indenização por danos psicológicos parcialmente compensavam o apelante em relação à repercussão de sua dolorosa experiência, eles não a compensavam inteiramente pela humilhação que havia sofrido no momento do incidente – o que consiste um

necessarily precludes an award of aggravated damages. It is now generally recognised that an award of aggravated damages is essentially compensatory in nature, notwithstanding the fact that it may have a punitive effect by increasing the overall amount the defendant is ordered to pay.”

¹⁶³ *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police* (2006), no original: “However, the distinction between basic and aggravated damages will continue to have a part to play as long as the right to recover for intangible consequences such as humiliation, injury to pride and dignity as well as for the hurt caused by the spiteful, malicious, insulting or arrogant conduct of the defendant attaches to some causes of action and not others.”

¹⁶⁴ *Rowlands v Chief Constable of Merseyside Police* (2006), no original: “In the present case the circumstances surrounding Mrs. Rowlands’ arrest and prosecution were of a kind that were liable to induce feelings of humiliation and resentment which can only have been exacerbated by the willingness of the police to give false evidence in support of an unjustified prosecution. In my view, therefore, the judge was wrong to withdraw from the jury consideration of the claim for aggravated damages, although it was necessary to warn them of the dangers of compensating Mrs. Rowlands twice in respect of the same harm.”

¹⁶⁵ GOW, 2007, p. 3, no original: “The court then went on to consider the question of exemplary damages. It pointed out that the test to be applied when considering whether there should be an award for exemplary damages was whether here was, “oppressive, arbitrary and unconstitutional action [...] The court, considering the guidance given in *Thompson* went on to award £7,000 in exemplary damages.”

¹⁶⁶ *Id.*, 2007, loc. cit., no original: “This case goes a long way to clarifying the application of damages which, although compensatory, do have a punitive effect.”

importante fator a ser considerado pelo defensor enquanto pleiteando ambos *aggravated damages* e indenização por danos psicológicos.¹⁶⁷

Quando aos *exemplary damages*, o julgamento reafirma a visão de que os jurados podem apenas compensar adequadamente aqueles que sofreram pela conduta imprópria da polícia (*police misconduct*), e expressar sua desaprovação por tal conduta, com a concessão de *exemplary damages*. A decisão da Corte reafirma os parâmetros dados em Thompson, Kuddus e Manley, e enfatiza a importante função de ambos *aggravated e exemplary damages* em demandas contra a polícia.¹⁶⁸

Sobre a questão dos *aggravated damages* terem função punitiva, ou semi punitiva, o relatório formulado pela *Law Commission* (1997), os autores apontam que vários aspectos da lei atual podem ser arguidos para fundamentar a visão de que *aggravated damages* são *punitive* em um sentido expressivo, e não compensatórios, são eles: a) a o requerimento de conduta excepcional; b) a coexistência do conceito de *aggravate damages* ao lado do conceito de *damages for mental distress*; c) a total recusa em conceder *aggravated damages* por inadimplência contratual ou o ilícito civil de negligência, até quando *mental distress damages* são aplicáveis; e d) inconsistências entre as decisões dos tribunais distritais (*County Court*) e a Suprema Corte (*Supreme Court*) quanto ao pleito por *aggravated damages*.¹⁶⁹

Esses aspectos, em outras palavras, sugerem que *aggravated damages* são concedidos em razão de punir o ofensor por sua conduta e, portanto, são avaliados com base em o que é preciso para alcançar este fim, em vez de se basear no que é necessário para integralmente compensar a vítima por seus danos.¹⁷⁰

¹⁶⁷ GOW, 2007, p. 4, no original: “The court took the view, as in Goswell, that while damages for psychological injury did partly compensate the appellant, for the after-effects of her ordeal, they did not fully compensate her for humiliation she had suffered at the time of the incident-an important factor for counsel to consider when pleading both aggravated damages and psychological injury.”

¹⁶⁸ Id., 2007, loc. cit., no original: “The questions of exemplary damages and vicarious liability have also been clarified. [...] The judgment reaffirms the view that juries can only adequately compensate those who have suffered from police misconduct, and express their disapproval of such conduct, with an award of exemplary damages. The decision of the court reaffirms the guidelines given in Thompson, Kuddus and Manley, and emphasises the important function of both aggravated and exemplary damages in actions against the police.”

¹⁶⁹ THE LAW COMMISSION, 1997, p. 17, no original: “Nevertheless, several aspects of the present law, which we consider below, do arguably support the view that aggravated damages are ‘punitive’ in a meaningful sense, and not compensatory. [...] These aspects are: · the ‘exceptional conduct’ requirement · the co-existence of a concept of ‘aggravated damages’ alongside a concept of ‘damages for mental distress’ · the outright refusal to award aggravated damages for breach of contract or the tort of negligence, even where mental distress damages are available inconsistencies between the County Court and Supreme Court Rules as to the pleading of aggravated damages.”

¹⁷⁰ Id., 1997, loc. cit., no original: “That is, they suggest that aggravated damages are awarded in order to punish the defendant for his or her conduct, and therefore are assessed on the basis of what is required to achieve this end, rather than on the basis of what is necessary fully to compensate the plaintiff for his injuries.”

Kingsley considera que a relação entre *aggravated damages* e *exemplary damages* foi claramente estabelecida na fala de Lorde Devlin no caso *Rookes*, ao dizer que o fato de esses dois tipos de indenização diferirem essencialmente, não necessariamente significa que deveria haver duas indenizações. Em um caso onde *exemplary damages* são apropriados, o júri deveria ser direcionado a se, mas apenas se, a soma que eles tinham em mente para conceder como compensação (que pode, claro, ser uma soma agravada pela forma que o demandado se conduziu em relação à vítima) for inadequada para puni-lo pela sua conduta ultrajante, para marcar desaprovação e para dissuadir o ofensor de repetir a conduta, nesse caso pode-se conceder uma soma maior.¹⁷¹

Os limites de aplicação dessas diferentes modalidades de indenização nem sempre são tão claros. Ralph Cunnington, no *Law Quarterly Review*, traz à baila a questão da importância em se respeitar a nomenclatura, problemática evidenciada no caso *Borders (UK) Ltd v Commissioner of Police of the Metropolis* (2005) uma vez que compensação, restituição e punição são funções diferentes do direito de indenização.¹⁷²

Em breve análise do caso, que em primeira instância concedeu *exemplary damages* contra Mr. Jordan, um vendedor de rua, que vendia livros roubados em sua “barraca” (ou tenda) de feira por mais de três anos. Em janeiro de 2004, Jordan foi sentenciado a 30 meses de prisão por conspiração para roubar livros (*conspiracy to steal books*) e por crime similar à receptação (*handling stolen books*). Os lesados, oito grandes revendedoras de livros, entraram com ações civis em desfavor de Jordan, requerendo indenização pelas perdas incorridas com os livros que foram recuperados pela polícia. Em primeira instância, foi avaliada indenização em £279,594 (*compensatory damages*) e £100,000 a título de *exemplary damages*, com fundamentando-se que *compensatory damages* falhou em levar em conta os vários livros que o demandado recebeu e revendeu no período.

¹⁷¹ KINGSLEY, Daniel. **Aggravated damages**. New Law Journal, London, v. 150, p. 216-220, 2000, p. 2, no original: “The relationship between aggravated and exemplary damages is set out clearly in the speech of Lord Devlin in *Rookes* where he said at 1228: “The fact that the two sorts of damages differ essentially does not necessarily mean that there should be two awards. In a case where exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may, of course be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award a larger sum”.

¹⁷² CUNNINGTON, Ralph. **The border between compensation, restitution and punishment**. Law Quarterly Review, London, v. 122, p. 382-386, 2006, (p. 386). No original: “The decision in *Borders* reminds us why nomenclature matters. Compensation, restitution and punishment are distinct functions of the law of damages.”

Jordan apelou a condenação em *exemplary damages*, baseando-se em dois argumentos: primeiro que seria uma dupla penalidade pois os procedimentos criminais já haviam se iniciado; em segundo, a soma em questão não era nem compensatória, nem exemplar. A Corte de Apelação rechaçou os dois argumentos.

Cunnington observa que a questão central para a Corte de Apelação era se a concessão de *exemplary damages* poderia ser calculada em relação às perdas quantificáveis.¹⁷³ Explica que, em realidade, a soma conferida pela Corte não foi nem compensatória nem exemplar. A defesa do apelante arguiu que era compensatória fundando-se na questão que a indenização fora calculada em relação aos prejuízos dos apelados. Mas se a indenização fosse compensatória, ela seria medida pela referência do valor de mercado dos livros vendidos pelo apelante, o que ensejaria uma quantia muito superior (£982,800) àquela que foi, de fato, concedida (£100,000). Esta última foi alcançada de modo diferente, pois reflete o lucro líquido que o apelante auferiu com a venda dos livros dos apelados. Essa medida seria inequivocadamente baseada no lucro (*gain-based*), e não compensatória.¹⁷⁴

A Corte de Apelação, então, procedeu entendendo que, quando pleiteada a concessão de *exemplary damages*, deveria ser analisado se o caso em tela era um daqueles em que essa modalidade de indenização era possível. Todos os três membros da Corte fizeram referência ao caso *Rookes v. Barnard* (1964), opinando que a situação incidia na segunda categoria formulada por Lorde Devlin, aquela que trata de conduta ilícita calculada para auferir lucro superior à compensação que seria paga ao lesado.¹⁷⁵ Cunnington questiona essa conclusão, por entender que, nesse caso, o pré-requisito para *exemplary damages* não estava preenchido: *compensatory damages* serem inadequados. Pelo contrário, os fatos demonstram que *compensatory damages*

¹⁷³ CUNNINGTON, 2006, p. 383, no original: “The key issue for the Court of Appeal was the question of whether an award of exemplary damages could be calculated by reference to quantifiable losses.”

¹⁷⁴ Id., 2006, p. 384, no original: “In fact, the sum awarded by the court was neither compensatory nor exemplary. Counsel for the appellant submitted that it was compensatory on the ground that the damages were calculated by reference to the respondents’ loss. But had the award been compensatory it would have been measured by reference to the market value of the books sold by Jordan, giving rise to a much larger figure of approximately £982,800. The figure awarded, that of £100,000, was reached by a very different approach. It reflected the net profit that Jordan acquired from the sale of the respondents’ books. This measure was unambiguously gain-based, not compensatory.”

¹⁷⁵ Id., 2006, loc. cit., no original: “The Court of Appeal proceeded on the assumption that they were being asked to award exemplary damages and sought to decide whether the present case was one in which exemplary damages ought to be awarded. All three members of the court referred to *Rookes v Barnard* [1964] A.C. 1129, and opined that the award fell within Lord Devlin’s second category: wrongful conduct which has been calculated to make a profit in excess of the compensation payable to the claimant.”

seriam adequados.¹⁷⁶ Por fim, atenta para o fato de que deve haver um maior cuidado ao se conceder indenizações, respeitando sua nomenclatura e sua função. O problema no caso *Borders* foi que não havia lacuna a ser preenchida pelos *exemplary damages*¹⁷⁷, que mesmo assim foram providos.

Depreende-se do exposto que para alguns, a divisão entre os *aggravated damages* e os *exemplary* ou *punitive damages* é clara mediante análise da sua função; a primeira indenização tem caráter compensatório, ao passo que a segunda busca punir o ofensor e dissuadi-lo de reiterar uma conduta indesejável. Ambas as indenizações constituem uma “soma agregada” ao valor pago à título de indenização reparatória ou compensatória. No entanto, as próprias circunstâncias estipuladas para deferimento dos *aggravated damages* demonstram certa vontade de punir o agente (lesante) pela sua conduta, assim como ocorre com os *guidelines* para aplicação dos *exemplary damages*. A própria classificação de condutas-lesantes que ensejam essas duas modalidades de indenização, por si só não é tão clara. Resta que a distinção entre esses dois termos se apresenta mais terminológica – e possivelmente arbitrária – do que se verifica na aplicação prática, nos efeitos buscados e naqueles efetivamente alcançados.

¹⁷⁶ CUNNINGTON, 2006, p. 385, no original: “With respect, this conclusion is doubtful becau the crucial prerequisite for exemplary damages was not met: compensatory damages were not shown to be inadequate. On the contrary, the facts revealed that compensatory damages would have been adequate.”

¹⁷⁷ Id., 2006, loc. cit., no original: “The problem in *Borders* was that there was no lacuna needing to be filled.”

Capítulo III – Comparativo da função punitiva no Direito Civil, *Aggravated Damages* e *Punitive Damages*

Este capítulo visa concatenar os dois primeiros, ao analisar comparativamente seus institutos, a fim de examinar as funções da reparação pelo dano extrapatrimonial na responsabilidade civil e o tratamento jurisprudencial da matéria.

3.1 Breve análise da relação da função punitiva no *Common Law* e no ordenamento civilista

Os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e aqueles da *Common Law* apresentam diferenças estruturais, nos primeiros, a regra para resolução do litígio é, em tese, universalizada, encontra-se presente nos códigos, fundada sobre uma teoria moral ou racional, a preferência é pela doutrina, podendo ser visto como um “direito dos professores”, que são aqueles conhecem de modo mais aprofundado essa ciência. Ao passo que, no *Common Law*, a regra de direito visa solucionar o caso em questão, de modo casuístico, trata-se de um direito fracamente legislado que prima os procedimentos, estes devem ser leais (*fair trial*), e o conhecimento é obtido por meio da prática, destarte, o juiz é o grande jurista, pois resolve o caso concreto.¹⁷⁸

Não obstante essas marcantes contraposições às duas principais famílias jurídicas, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, é inegável a aproximação das duas, com a transposição de alguns institutos e direitos típicos, não mais apenas no campo do direito constitucional, influenciando também no chamado direito privado. Entre esses institutos, destacam-se a atribuição de um caráter punitivo à reparação do dano extrapatrimonial (*punitive damages*), que tem tido ampla repercussão no país.¹⁷⁹

Tal concepção punitiva advém da *equity* anglo-saxônica, no entanto, foi apenas totalmente assumida pelo sistema jurídico norte-americano e, atualmente, vem sendo, de certa forma, assimilada pela jurisprudência brasileira e também pela doutrina, almejando se consolidar legislativamente.¹⁸⁰

Em retrospecto à questão da pena, vale mencionar que a teoria da “pena privada” defendida, no meio do século XX, por Boris Starck ganhou força ao ser influenciada pelo

¹⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.** Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 46.

¹⁷⁹ Id., 2004, p. 46-47.

¹⁸⁰ Id., 2004, p. 47.

fundamento da teoria do risco, e Starck, ao buscar promover uma nova sistematização da responsabilidade civil, valendo-se da noção de garantia, conferiu a *faute* e ao dolo a consequência de pena privada. Tal teoria passou a ser empregada quando observou-se a necessidade de apresentar fundamentos com maior poder de aceitação para consolidar a noção de reparação do dano extrapatrimonial – repelindo o argumento moral que a negava, sob a ótica de que não havendo como precisar de forma concreta qual a extensão do dano, o pagamento de indenização em dinheiro poderia ter simplesmente caráter de sanção.¹⁸¹

Em sentido contrário, há o argumento de que a noção de compensação, como “substituição da tristeza por prazeres que a pecúnia poderia propiciar”, serviria de embasamento apenas a reparação do dano extrapatrimonial de classes menos favorecidas, pois uma vítima abastada “jamais seria indenizada”. Disso decorre a compreensão da reparação do dano extrapatrimonial com um caráter também penalizante, por constituir uma “justa punição que deve reverter em favor da vítima”.¹⁸²

Prestigiada doutrina aduz que a reparação do dano extrapatrimonial harmoniza duas concausas: a de natureza satisfatória e a natureza penal.¹⁸³

Paralelamente, sobreveio a Teoria do Desestímulo, resultante da usual exemplariedade nas normas de punição. Conforme essa teoria, na esfera da indenização deve ser incluído montante indenizatório expressivo, de tal sorte que conscientize o agente a não insistir no comportamento lesivo, mantendo-se a cautela de não gerar enriquecimento excessivo à vítima.¹⁸⁴

3.2 Defensores da função punitiva na reparação dano extrapatrimonial na doutrina

Diante das profundas transformações econômicas e sociais, com o predomínio do pensamento liberal, com os conflitos ultrapassando a esfera dos indivíduos alcançando grupos sociais, ou ainda toda uma comunidade, a responsabilidade civil precisou passar por mudanças impactantes, deixando a noção de culpa como pressuposto fundamental em favor fundamentação na ideia do risco. Nesse sentido, não só os pressupostos da responsabilidade civil sofreram modificações, passou a ser discutido seu próprio papel, tradicionalmente de

¹⁸¹ MORAES, 2004, p. 50.

¹⁸² Id., 2004, p. 50-51.

¹⁸³ Id., 2004, p. 51.

¹⁸⁴ Id., 2004, loc. cit.

reparação, com função *reintegradora* ou de *restabelecimento*. Atualmente, exsurge a concepção de responsabilidade civil que tenha um papel na *prevenção* de danos, ganhando espaço a noção de função *punitiva* da responsabilidade civil.¹⁸⁵

Entre os argumentos favoráveis à tese do caráter punitivo da reparação do dano extrapatrimonial, defende-se que a satisfação do dano extrapatrimonial busca não só amenizar o sofrimento injusto, visa também aliviar o sentimento de vingança, ao retribuir o mal causado com outro mal, além de prevenir futuras ofensas, dissuadindo o ofensor de reincidir nesse tipo de comportamento, servindo ainda de exemplo. Destarte, a reparação do dano extrapatrimonial teria então uma dupla função: a de caráter compensatório, que visa confortar a vítima, e a de caráter punitivo, com o fim de “[...] *impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima*”.¹⁸⁶

Segundo Andrade, a função tradicional reparatória ou compensatória da responsabilidade civil, é uma orientação focada no passado, pois trata de fato que já ocorreu, buscando então eliminar ou amenizar seus efeitos. No momento de arbitrar do montante indenizatório, o olhar é voltado para a vítima, não importando o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano ou a medida de sua culpa. O novo prisma da responsabilidade civil é a prevenção do dano, para que não tenha necessidade de repará-lo.¹⁸⁷

O principal argumento para sua constitucionalidade sustenta que “independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional”. Em alusão ao previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁸

Nessa linha, defende-se que o emprego dessa modalidade de sanção especial se mostra como consequência lógica do reconhecimento pela Constituição dos direitos da personalidade, bem como do direito à indenização pela ocorrência de dano moral (disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal Brasileira). Esses princípios constitucionais,

¹⁸⁵ ANDRADE, 2009, p. 222-223.

¹⁸⁶ MORAES, 2004, p. 47.

¹⁸⁷ ANDRADE, 2009, p. 224-226.

¹⁸⁸ Id., 2009, p. 237.

são *mandados de otimização* e consolidam direitos de natureza fundamental, estabelecendo que o operador de direito se valha de todos os meios possíveis para resguardar esses direitos.¹⁸⁹

Assim, observa-se que vem ocorrendo uma confluência entre a doutrina e, em menor parte, jurisprudência no sentido de implementar por meio do Judiciário os direitos fundamentais consolidados na Carta Magna. Destarte, não se mostra adequado que o operador jurídico se encontre limitado, para proteger a dignidade humana e também os direitos da personalidade, à utilização dos instrumentos postos pelo legislador, o que acabaria por eliminar a indenização punitiva, uma vez que não encontra previsão expressa em lei.¹⁹⁰

A função punitiva da reparação do dano extrapatrimonial encontra suporte para sua defesa na doutrina e na jurisprudência, posicionando-se a seu favor, em maior ou menor grau, notáveis autores como: Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Bittar, Sérgio Cavalieri, Araken de Assis.¹⁹¹

Também são favoráveis: Arthur Oscar de Oliveira Deda, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Luiz Roldão de Freitas Gomes, Teresa Ancona Lopez, Sergio Severo, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Renan Miguel Saad, Américo Luís Martins da Silva, Clayton Reis e Antonio Junqueira de Azevedo.¹⁹²

Caio Mário da Silva Pereira explica que para tratar do ressarcimento do dano moral, deve-se partir da distinção do que constitui o prejuízo do dano material e do dano moral. O dano provocado à pessoa é reparado mediante um capital, ou ainda uma pensão que lhe auxilie a perda da capacidade laboral. Em se tratando de dano moral, a essência do conceito ressarcitório se encontra deslocada para confluência de duas forças: “caráter punitivo”, visando que o ofensor, devido à condenação, saiba que foi castigado pelo injusto que praticou; e o “caráter compensatório” destinado à vítima, que receberá uma quantia que lhe possibilite “prazeres como contrapartida do mal sofrido”. Destaca, ainda, que no dano moral não é elementar a estimativa pecuniária.¹⁹³

¹⁸⁹ ANDRADE, 2009, p. 237.

¹⁹⁰ Id., 2009, p. 238.

¹⁹¹ MORAES, 2004, p. 47.

¹⁹² Id., 2004, p. 47.

¹⁹³ PEREIRA, 2016, p. 73

Outrossim, vale lembrar que o mesmo fato gerador pode ensejar pedidos de indenização por dano moral e reparação patrimonial, não são incompatíveis, portanto o efeito pode ser múltiplo.¹⁹⁴

Caio Mário defende que “o problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório”. Ausente a noção de equivalência, característica da indenização do dano material, será equivalente à função compensatória pelo injusto sofrido. Apenas reconhecendo uma compreensão desta ordem é que se apreende o princípio da reparação do dano moral é estabelecido pelo direito positivo.¹⁹⁵

Em seu entendimento:

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório. [...] Esta situação é de ser ponderada, como também a existência de um seguro de responsabilidade, posto não seja este um elemento decisivo.¹⁹⁶

Para Cavalieri Filho, na fixação da indenização por dano moral, o valor arbitrado deve ser suficiente para reparar o dano, de modo mais completo possível, mantendo-se em mente que o dano não pode gerar lucro à vítima, pois qualquer quantia superior ensejaria enriquecimento sem causa, incorrendo em novo dano.¹⁹⁷

Sobre o “dano moral punitivo”, aduz que a doutrina e jurisprudência admitem o dano moral punitivo em certas circunstâncias, e defende que a indenização punitiva do dano moral aparece como efeito da mudança de paradigma da responsabilidade civil, atendendo a dois objetivos delimitados com precisão: “a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição)”.¹⁹⁸

Cavalieri Filho argumenta que o alvo em diversos casos de indenização por dano moral é, justamente, a punição do ofensor. Exemplifica com o caso de pessoas famosas, que sofreram moralmente por notícias veiculadas em televisões ou jornais, frequentemente

¹⁹⁴ PEREIRA, 2016, p. 75.

¹⁹⁵ Id., 2016, p. 79.

¹⁹⁶ Id., 2016, loc. cit.

¹⁹⁷ CAVALIERI Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 125.

¹⁹⁸ Id., 2014, p. 126.

declaram na inicial da ação pleiteando indenização que o valor de eventual condenação será dirigido à alguma instituição de caridade. Outro exemplo é o caso das vítimas de dano moral que são “crianças de tenra idade”, doentes mentais ou indivíduos em estado de inconsciência – nessas situações, a indenização surte mais efeito de punição a um comportamento censurável, do que compensação, pois a vítima não tem capacidade de entender o que ocorreu, mas tem direito à ter sua dignidade respeitada.¹⁹⁹

Outrossim, alega que deve ser aplicada a indenização punitiva do dano moral nas situações em que a conduta do ofensor se mostre especialmente reprovável, isto é, agindo com dolo ou culpa grave; e, também, quando, independentemente de culpa, ofensor auferir lucro decorrente da prática do ato ilícito ou incidir na reiteração de conduta ilícita.²⁰⁰

Por fim, defende que, com a Constituição de 1988, não existe mais valor legal prefixado, não há tabela ou tarifa que deva ser seguida pelo juiz no momento de arbitrar o *quantum* da indenização pelo dano moral, entretanto deva observar, diante do caso concreto, o bom-senso, moderação e prudência, tendo em vista dois parâmetros: a indenização deve ser o mais completa possível, mas não pode servir de fonte para lucro indevido.²⁰¹

Em suma, são argumentos a favor da aplicabilidade da indenização punitiva: o dever de repreender comportamentos severamente censuráveis (desestímulo do ofensor – prevenção especial), a necessidade de apresentar à sociedade solução jurídica eficiente condutas reprováveis (função educativa – prevenção geral) e a impossibilidade de desvinculação da responsabilidade civil da culpa (dispensa-se a comprovação da culpa na responsabilidade pelo risco, no entanto, nada obsta sua consideração para arbitramento do montante indenizatório).²⁰²

3.3 Críticas à aplicação de função punitiva

As críticas à aplicação de indenizações punitivas no direito brasileiro se valem dos argumentos que serão expostos a seguir, destacando-se, entre eles: a ausência de previsão legal expressa, o que violaria o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal); existem esferas do direito em que predominam a punição (como o direito penal e o

¹⁹⁹ CAVALIERI Filho, 2014, p. 126.

²⁰⁰ Id., 2014, p. 127.

²⁰¹ Id., 2014, loc. cit.

²⁰² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p.109.

direito administrativo), não sendo o caso da responsabilidade civil; e a evolução da responsabilidade civil liberando-se da noção de culpa.²⁰³

Maria Celina Bodin de Moraes adverte que, embora o posicionamento doutrinário e jurisprudencial em prol da função punitiva, não se encontra na legislação brasileira autorização para o emprego de uma função punitiva, junto com a função compensatória, no momento da indenização de danos extrapatrimoniais. Na verdade, ocorre o oposto, segundo a autora, a modalidade dos chamados “danos punitivos” foi em diversas oportunidades denegada pelo legislador nacional.²⁰⁴

Um dos exemplos dados por Moraes é o art. 16 do Projeto de Código de Defesa do Consumidor, que abria caminho para indenização punitiva e, no entanto, recebeu veto presidencial²⁰⁵. A autora atenta para o fato de esta seria a melhor chance para recepcionar a função punitiva, por se tratar da esfera de proteção ao consumidor, equivalendo-se a *tortius liability*, a escolha brasileira rejeitou qualquer caráter punitivo no campo de reparação do dano, constando nas razões do veto que outros dispositivos já tratavam sobre a reparação do dano e, que esses vetados criam a “multa civil”, de valor expressivo, sem estarem delineadas sua destinação e validade.²⁰⁶

Outrossim, no Código Civil de 2002 não consta, assim como não havia no Código Civil de 1916, a adoção de um fator punitivo, não contendo qualquer norma permissiva de inclusão da fração punitiva na reparação do dano extrapatrimonial. Nessa linha, os indicativos são, inclusive, contrários ao caráter punitivo. Tem-se exemplo no art. 944 do Código Civil²⁰⁷ que, em seu parágrafo único, ao mencionar “*reduzir o valor da indenização*”, exprime que o valor não poderá ser aumentado; outro exemplo é o art. 403 do Código Civil²⁰⁸, que trata de responsabilidade contratual, ao afirmar “*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as*

²⁰³ MENDONÇA, 2012, p.109.

²⁰⁴ MORAES, 2004, p. 47.

²⁰⁵ Cuida-se do Projeto de Lei nº 97/89 (nº 3.683/89, na Câmara dos Deputados). Entre razões de veto do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em referência ao aludido artigo, consta: “O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da ‘multa civil’, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade”.

²⁰⁶ MORAES, 2004, p. 48.

²⁰⁷ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.” – Código Civil de 2002.

²⁰⁸ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” – Código Civil de 2002.

*perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.*²⁰⁹

A interpretação de Andrade diverge dessa apresentada anteriormente, com relação ao parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002. Este autor defende que, apesar de ausente expressão permissiva de o *quantum* indenizatório ultrapassar o dano, a presença de exceção à regra tradicional de reparação integral, ainda que pautada pelo princípio da equidade, consiste uma inclinação, mesmo que inconsciente, às funções preventivas e punitivas da responsabilidade civil.²¹⁰

Sanseverino, por sua vez, defende que a indenização punitiva se mostra incompatível a tradição jurídica brasileira, bem como não é tratada por qualquer disposição legal, ademais “[...] o grande risco é uma aplicação distorcida dos *punitive damages* para situações em que eles não são reconhecidos nem nos países da *common law*”²¹¹.

Martins-Costa e Pargendler argumentam que não há necessidade em invocar os *punitive damages* para atingir o caráter exemplar na indenização por danos extrapatrimoniais. Também lembram que, quando cabe uma “justa punição pecuniária” a danos particularmente graves, não é preciso recorrer a critérios além daqueles presentes na legislação existente. Nesse ponto, defendem que o *caput* do art. 944 é destinado à mensuração de danos patrimoniais, uma vez que não se pode falar em ‘extensão’ de dano extrapatrimonial, incidindo aqui uma ponderação axiológica.²¹²

Mendonça, destoando das críticas até então expostas, sustenta que, em verdade, o “esforço doutrinário” destinado a repelir as indenizações punitivas da responsabilidade civil brasileira perde seu propósito quando se avalia a abordagem que ocorre na jurisprudência majoritária sobre essa matéria. Aduz que se trata apenas de recurso retórico que não repercute sobre as somas indenizatórias arbitradas.²¹³

Por fim, observa que “o tratamento genérico das funções compensatória e punitiva da indenização, sem delimitação da soma destinada a cada qual, acaba por contribuir para o quadro de assistemática que já caracteriza a jurisprudência sobre o assunto”.²¹⁴

²⁰⁹ MORAES, 2004, p. 49.

²¹⁰ ANDRADE, 2009, p. 236-237.

²¹¹ SANSEVERINO, 2010, p. 273.

²¹² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Revista CEJ, Brasília, no 28, p. 15-32, março de 2005, p.22.

²¹³ MENDONÇA, 2012, p. 108-109.

²¹⁴ Id., 2012, p. 109.

José de Aguiar Dias, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva e Orlando Gomes também se mostram contra essa aplicação do caráter punitivo.²¹⁵

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a solução que se mostra mais adequada para com o instituto da indenização punitiva ou da pena privada, nos países civilistas, é normatizar as *fattispecie* vistas, pelo legislador democrático, como dignas de reprimenda com pena pecuniária ou multa civil.²¹⁶

3.4 Parâmetros para arbitramento do valor da indenização punitiva

Como visto anteriormente, alguns doutrinadores defendem um viés punitivo na reparação do dano extrapatrimonial, além da função tradicional compensatória. O autor André Gustavo de Andrade, por sua vez, propõe parâmetros para a aplicação da indenização punitiva no Brasil, indicando quais pontos deveriam ser observados em seu arbitramento em caso de recepção do instituto, os quais serão vistos nos itens subsequentes.

A indenização punitiva, *per se*, comporta uma noção de subjetividade inerente, pois não há como quantificar com exatidão e por meio de fórmula matemática todos os elementos intangíveis que a compõem. Ainda assim, sua fixação não pode constituir atividade arbitrária. O magistrado deve, dentro do possível, justificar o *quantum* indenizatório com objetividade, apontando os elementos pertinentes para composição do montante a ser pago. Andrade pontua “o estabelecimento do montante a ser pago, à falta de critérios objetivos, depende da prudente discricção do juiz, a qual não é sinônimo de arbítrio”.²¹⁷

3.4.1 Distinção entre os importes de compensação e de punição

O cômputo da quantia que indicará o valor a ser pago a título de indenização compensatória e do valor de caráter punitivo deve ser realizado em separado, ainda que sejam consequentes do mesmo dano. A relevância disso está em promover transparência e controle dos atos que geraram aquele valor, quais foram os critérios considerados e permite avaliar, em

²¹⁵ MORAES, 2004, p. 47.

²¹⁶ Id., 2004, p. 55.

²¹⁷ ANDRADE, 2009, p.297-298.

certa medida, a influência da reprovabilidade da conduta e da compensação no exame das quantias arbitradas, além da questão de sua fixação obedecendo à proporcionalidade.²¹⁸

3.4.2 Dolo do agente e medida da culpa

Assim como ocorre com os *punitive damages*, a intensidade do dolo e o grau da culpa são essenciais para estabelecimento da quantia indenizável, de modo que o comportamento culposo receberá penalidade mais grave do que aquele doloso; o doloso premeditado merece repreensão maior do que aquele sem prévia deliberação; havendo mais de uma conduta dolosa, deve ser penalizada de modo mais grave aquela de motivação mais reprovável.²¹⁹

3.4.3 Circunstâncias pessoais do autor da conduta e da vítima

Está diretamente ligado à função punitiva a situação econômica do ofensor, sendo necessária para medir a soma indenizatória, a fim que a punição seja, de fato, retributiva-dissuasória, ou seja, o valor deve ser capaz de afetar ou perturbar o autor da conduta. Dessa forma, o valor varia de acordo com a capacidade financeira do lesante, pois um mesmo valor pode ser expressivo para uns e insignificante para outros – se a ré é uma empresa de grande porte, multinacional ou uma microempresa.²²⁰ A indenização deve servir de advertência ao ofensor e à sociedade de que aquela conduta não é tolerada. Assim, a quantia deve ser “[...] economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante”.²²¹

As condições socioeconômicas da vítima, por sua vez, não devem influenciar no arbitramento da indenização punitiva, por não contribuir para a efetividade de sua função, bem como porque não seria isonômica; vítimas mais abastadas receberiam quantia maior do que aquelas de menor poder aquisitivo. Já suas condições *pessoais* devem, sim, ser levadas em conta na fixação da quantia. Por exemplo, caso a conduta seja praticada contra vítima portadora de deficiência física ou mental, tendo o ofensor se beneficiado disso. Nesse campo, a ocupação ou

²¹⁸ ANDRADE, 2009, p. 299.

²¹⁹ Id., 2009, p.301.

²²⁰ Id., 2009, p.302.

²²¹ BITTAR, 2015, p. 216.

profissão da vítima também podem influir na estimativa do valor, como nas profissões que tem forte ligação com a imagem pessoal.²²²

3.4.4 Extensão da gravidade do dano

A gravidade do dano consiste em um dos componentes da medida de reprovabilidade do agente. Os elementos subjetivos da quantificação da indenização devem ser considerados junto com os objetivos. No entanto, nenhum fator é resolutivo *per se*, eles devem ser olhados em conjunto. Assim, o dano pode ser mais grave, mas nem por isso sua sanção será mais severa.²²³

3.4.5 Auferimento de lucro proveniente do ato ilícito

Ainda que impedir o lucro indevido seja um dos objetivos da indenização de caráter punitivo, quantificar o lucro obtido com o ilícito é difícil e, por vezes, impraticável. O suficiente é que o lucro seja provável, para satisfazer esse quesito, devendo o julgador, por meio de presunções e analogias, basear o montante indenizatório por estimativa, observando a razoabilidade.²²⁴

Mendonça defende que, sob a ótica do Direito e Economia, deve-se utilizar da ferramenta da indenização punitiva, realizando-se a “redução ótima” do dano causado. Aduz que, para atingir um nível eficaz de dissuasão, o dano deverá ser fixado, em certas situações, de modo que se retorne o lesado ao estado anterior ao dano, bem como o lesante – eliminando-se o lucro auferido com o ilícito. Assim, ocorrerá a dissuasão quando o ofensor for responsabilizado “na precisa extensão do dano” que provocou. Sendo esse o argumento utilizado pelos estudiosos de dessa área para fundamentar a necessidade de fixação das indenizações punitivas.²²⁵

²²² ANDRADE, 2009, p. 303-307.

²²³ Id., 2009, p.308.

²²⁴ Id., 2009, p. 308-309.

²²⁵ MENDONÇA, 2012, p. 111.

3.5 Aplicação da função punitiva no Brasil

Feita a análise do instituto, tratadas suas funções e objetivos de sua utilização, a prática no Direito Inglês, no qual se originou, e crescente inclusão no Direito Civil brasileiro, por parte da doutrina e da jurisprudência, não se poderia deixar de falar desta última. Inclusive, é sobre o emprego dessa modalidade de indenização realizada pelos tribunais que recai parte considerável das críticas à sua aplicação.

Nesse ponto, tem-se como objetivo examinar a fundamentação para utilização desse instituto, bem como de que forma tem se dado sua aplicação nos tribunais brasileiros. Para fins de elaborar a tabela a seguir (tabela 1), considerou-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) e do Supremo Tribunal de Justiça (STJ). O método de pesquisa utilizado foi a consulta direta à jurisprudência disponível nos *sites* dos tribunais supracitados, com base na pesquisa e forma de exposição de dados utilizada por Peteffi da Silva e Walker²²⁶, buscando-se as expressões “*punitive damages*”, “indenização punitiva” e “danos punitivos” nos acórdãos dos tribunais já mencionados, consoante o termo se encontra redigido entre aspas. Na tabela a seguir, consta o resultado da quantidade de decisões em cada tribunal, contendo essas expressões apenas na ementa e em seu inteiro teor, sem precisar um determinado intervalo de tempo, iniciando no período disponível pelo *site* de cada tribunal até 20/08/2016:

Tabela 1: Consulta jurisprudencial

		STJ	TJ-RJ	TJ-SC	TJ-SP
<i>Punitive damages</i>	Ementa	4	48	11	146
	Inteiro teor	7	-	119	2.212
Indenização punitiva	Ementa	0	23	1	20
	Inteiro teor	0	-	196	490
Danos punitivos	Ementa	0	60	1	2
	Inteiro teor	1	-	32	127

²²⁶ PETTEFI DA SILVA, Rafael; WALKER, Mark Pickersgill. **Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Revista Sequência, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. No prelo.

Vale observar que a ferramenta de consulta disponível no *site* do TJSP não permite, no campo de busca por palavras na ementa, a distinção entre expressão e palavras próximas. Na tabela, optou-se por expor os resultados obtidos com a busca da expressão entre aspas. O resultado da busca sem aspas por *indenização punitiva* apontou 5.258 , enquanto por *danos punitivos* gerou 6.852 ocorrências. O *site* do TJRJ, por sua vez, não possibilita pesquisa ao inteiro teor da decisão, somente quanto à “assunto/ementa”.

Extraí-se da tabela acima que o termo “*punitive damages*” é expressivamente empregado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sua utilização crescido bastante nos últimos anos.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, os resultados sugerem uma predileção para o uso do termo na correspondente tradução ao português, “indenização punitiva”, não obstante o termo “*punitive damages*” também seja aplicado com frequência.

Pode-se ter uma noção do aumento da utilização desses termos considerando-se a seguinte tabela:

Tabela 2: Consulta jurisprudencial por tribunal (até 2014)²²⁷

		STJ	TJ-PR	TJ-RS	TJ-SC	TJ-SP
<i>Punitive damages</i>	Ementa	5	21	15	14	98
	Inteiro teor	8	439	476	204	1646
Indenização punitiva	Ementa	0	2	7	0	6
	Inteiro teor	0	128	272	9	142
Danos punitivos	Ementa	0	2	0	0	2
	Inteiro teor	1	55	14	17	86

Conforme observou-se no discorrer desse trabalho, as expressões “indenização punitiva”, “*punitive damages*” e “danos punitivos” vêm sendo usados como sinônimos (para além de entre si) de função punitiva, como uma segunda feição da reparação dentro da

²²⁷ PETTEFI DA SILVA, Rafael; WALKER, Mark Pickersgill. **Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** Revista Sequência, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. No prelo.

Observa-se que os resultados foram obtidos com utilização das consultas jurisprudenciais dos websites institucionais específicos de cada Tribunal apontado, com data de julgamento até 31 de dezembro de 2014, buscando-se pelas expressões: “punitive damages”, “indenização punitiva” e “danos punitivos”, em acórdãos dos respectivos tribunais, consultando-se, ainda, com e sem hífen entre os termos, ampliando os resultados encontrados.

responsabilidade civil. Tem-se assim uma confusão ampliada, não somente pela discussão se cabe ou não uma função punitiva na reparação, mas também pela questão de aplicação (ou não) de um instituto estrangeiro não recepcionado pelas normas do ordenamento brasileiro.

3.5.1 TJSC

Nesse ponto, focando-se no Tribunal de Justiça de Santa Catarina passa-se ao exame dos acórdãos que contém a expressão “*punitive damages*” em sua ementa.

Apelação Cível n. 0001492-81.2006.8.24.0031, julgada pela Primeira Câmara de Direito Comercial, sendo a única desta câmara que menciona *punitive damages*:

[...] CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESILIÇÃO UNILATERAL. PREVISÃO CONTRATUAL DO PRAZO DE 30 DIAS A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO. SIMULTÂNEA EXISTÊNCIA DE CONTRATO VERBAL DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. INOBSERVÂNCIA AOS VETORES DO ART. 473 DO CÓDIGO CIVIL. **ATO ILÍCITO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARES DO CASO. RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA.** Ainda que o contrato firmado entre as partes discipline o prazo de trinta dias a título de aviso prévio para que a resilição unilateral produza efeitos, se a estipulação de tal período não observa os parâmetros do art. 473 do Código Civil - a natureza e o vulto dos investimentos realizados para a execução da avença -, revela-se abusiva aquela cláusula contratual e, por conseguinte, ilícita a ruptura contratual que a tomou como fundamento. Logo, se, além de verificada a culpa, também se fazem presentes o dano e o nexo causal, configura-se a responsabilidade civil da parte que realizou resilição unilateral à revelia do que dispõe o art. 473 do Código Civil. **DANOS MORAIS. R\$ 60.000,00. VALORES FIXADOS EM DECORRÊNCIA DE DANOS MORAIS POR ABALO DE CRÉDITO E A TÍTULO DE PUNITIVE DAMAGES, CADA QUAL NO MONTANTE DE R\$ 30.000,00. READEQUAÇÃO DO QUANTUM COMPENSATÓRIO. INVIABILIDADE.** O quantum arbitrado pela instância de origem a título de compensação por danos morais só deve ser alterado caso se mostre irrisório ou exorbitante, em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, o dano suportado por pessoa jurídica que, em decorrência de resilição unilateral de contrato de representação comercial ilicitamente operada, foi levada a irreversível crise empresarial, deve ser reparado com indenização proporcional àquele prejuízo.²²⁸

No caso em análise, a foram interpostas apelações cíveis recíprocas entre as partes, em face à sentença que julgou procedentes em parte os requerimentos da primeira apelante. Em síntese, a sentença atacada reconheceu a prescrição da pretensão de reparação cível sobre certos

²²⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível e Agravo retido n. 0001492-81.2006.8.24.0031, da Primeira Câmara de Direito Comercial. apelações cíveis reciprocamente interpostas por Transportes Izzi Ltda. e Transportadora Plimor Ltda. Relatora: Des. Janice Goulart Garcia Ubiali. Florianópolis, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAIOKTAAC&categoria=acordao_5>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

descontos, declarou que a natureza jurídica do contrato entre as partes era de prestação de serviços, declarou o início da relação negocial das partes teve início em agosto de 1998, rejeitou o pedido de reparação cível por verbas típicas de extinção de um contrato de representação comercial e condenou a ré a reparação cível, por ruptura abrupta de negócio jurídico continuado, arbitrando “indenização composta” por danos materiais líquidos (R\$ 11.251,41), danos materiais ilíquidos (a serem liquidados) e danos morais (R\$ 60.000,00) mediante a seguinte observação: “R\$ 30.000 por abalo de crédito somados de R\$ 30.000,00 no aspecto punitivo/pedagógico”.

A 1ª Câmara entendeu que a ré não era obrigada a manter vinculação comercial com a autora por prazo indefinido, no entanto, ao resilir unilateralmente o contrato, deveria ter obedecido à legislação aplicável. Por não fazê-lo, provocou danos à parte autora. Esses danos foram fixados como consequência ao abalo de crédito e a título de *punitive damages*.

Por fim, o entendimento foi de que o valor recorrido foi aquele fixado a título de “danos puramente morais” e, no entanto, se encontrava dentro dos parâmetros judiciais fixados, mostrando-se adequado à condição social das partes, à “intensidade do dano e da culpa” e outras circunstâncias do caso, não se confundindo com aquele fixado como *punitive damages*. Mantendo-se inalterada a sentença neste ponto.

Nesse caso, o valor questionado teria sido de danos morais, destacando-se sendo destacado pela relatora sua distinção dos *punitive damages*. No entanto, observa-se que os parâmetros para fixação dos chamados “danos puramente morais” se fundamentam na noção de função punitiva, ao arbitrar o *quantum* indenizatório consoante valor que desestimule o ofensor a reincidir na prática danosa, incorrendo em uma confusão entre os institutos, conforme se verifica no excerto extraído:

De todo modo, a compensação por danos morais merece ser arbitrada de modo a não provocar enriquecimento sem causa à parte que a recebe. Por outro lado, o valor fixado deve ser suficiente para que o ofensor não venha a reiterar a prática danosa. Por isso, revela-se recomendável que o arbitramento, proporcional ao grau de culpa, seja feito com moderação e em observância à situação socioeconômica do autor bem como ao porte econômico-financeiro do réu. [...] O nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do quantum a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.²²⁹

²²⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível e Agravo retido n. 0001492-81.2006.8.24.0031, da Primeira Câmara de Direito Comercial. apelações cíveis reciprocamente interpostas por Transportes Izzi Ltda. e Transportadora Plimor Ltda. Relatora: Des. Janice Goulart Garcia Ubiali. Florianópolis, 10 de novembro de 2016. Disponível em:

Tem-se um caso que não são fixados *punitive damages* propriamente ditos, os requisitos de aplicação do instituto do direito estrangeiro, como visto no cap. 2, não se fazem presentes, frisando que estes não se aplicam ao caso de violação de contrato.²³⁰

Apelação Cível n. 2015.025956-8, julgada pela Quinta Câmara de Direito Civil, que tem como relatora a Des. Rosane Portella Wolff:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO CREDITÍCIA. JUÍZO A QUO QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS. INSURGÊNCIA DA RÉ. PARCIAL CONHECIMENTO. ALEGAÇÕES DE INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO OU DE DANO MORAL QUE NÃO FORAM OBJETO DE PRÉVIA DELIBERAÇÃO NA ORIGEM. INADMISSIBILIDADE. FLAGRANTE E INJUSTIFICADA INOVAÇÃO RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 517 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POR OUTRO LADO, AUSÊNCIA DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE TAMBÉM OBSTA O ENFOQUE DA INSURGÊNCIA NELA PAUTADA. CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NO PONTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE. MÉRITO. CASO CONCRETO EM QUE A MATÉRIA DEVOLVIDA RESTRINGE-SE À MINORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA E AO TERMO INICIAL PARA A INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. A) ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO. Sobre a valoração do quantum indenizatório, é sabido que, em se tratando de dano moral, os critérios para sua fixação perpassam pelo escopo dessa espécie singular de reparação não econômica. Em linha de princípio, de acordo com o art. 944, caput, do Código Civil, sua finalidade é meramente compensatória, ou satisfativa, com o fim de servir de lenitivo em favor da vítima. Por outro lado, avulta, hodiernamente, na linha do direito norte-americano (*exemplary ou punitive damages*), seu caráter punitivo, ou retributivo, de modo a sancionar o ofensor, sem prejuízo, como consectário deste viés, da prevenção geral (em face da comunidade) e especial (em face do autor), para que semelhantes condutas antijurídicas não sejam endossadas ou reiteradas - chamada também de disciplinar ou pedagógica. O entendimento pátrio mais abalizado, no entanto, com acerto, restringe esta última para hipóteses excepcionais, vale dizer, para aqueles casos em que a mera compensação representaria medida ineficaz para a tutela do direito da personalidade - ou, mais amplamente, da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Fundamental Law. São exemplos a albergar a punição, conforme o escólio de Sergio Cavalieri Filho (Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 98-100): quando a compensação é incabível; o comportamento do ofensor revelar-se particularmente reprovável; o agente obtiver lucro ilícito; e, por último, tratar-se de reiteração da conduta ilícita. Se assim é, deve-se apurar não somente o prejuízo da vítima, mas, igualmente, quando cabível, a gravidade e reprovabilidade da conduta ofensiva, norteador-se, como critério balizador, pela razoabilidade, a fim de que se não alcance, inclusive à luz da capacidade econômica dos Litigantes, valor exorbitante ou irrisório, que não reflitam a peculiaridade em discussão.²³¹

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAIOKTAAC&categoria=acordao_5>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00. (Grifo nosso).

²³⁰ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19.

²³¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2015.025956-8, da Quinta Câmara de Direito Civil. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais em razão da inscrição no cadastro de inadimplentes. Apelante Tim Celular S/A. Apelado Guilherme Castilho Fogolin. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 02 de julho de 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANrm7AAL&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

Nesse caso, a apelante foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00, em razão da inscrição do nome do apelado nos cadastros de proteção ao crédito por débito inexistente. O apelante alega, entre outras coisas, que havia sido utilizado critério punitivo na fixação do montante indenizatório e que este fere o ordenamento jurídico pátrio.

No voto, a relatora afasta a tese do apelante, entendendo que a finalidade da reparação é compensatória ou satisfativa, servindo de lenitivo em prol da vítima, de acordo com o art. 944, *caput*, do Código Civil. No entanto, atualmente, cresce seu caráter punitivo ou retributivo, seguindo-se a linha dos *exemplary* ou *punitive damages*. Argumenta que o entendimento pátrio é que sua aplicação deve ocorrer somente em casos excepcionais, baseando-se no entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, seriam três as hipóteses passíveis de emprego deste instituto e, o caso em comento, foi enquadrado na hipótese em que a conduta do ofensor mostra-se particularmente reprovável. Alega também que não se deve somente considerar o prejuízo da vítima, mas de modo equivalente, nas situações aplicáveis, deve-se considerar como critério a gravidade e a reprovabilidade da conduta, observando-se a razoabilidade, considerando ainda a capacidade financeira das partes, para não incorrer em soma exorbitante ou irrisória. Por fim, aduz que a conduta da apelante merece firme censura, por ser negligente e reiterar sua conduta, de modo a figurar como polo de diversas demandas por fatos similares. O valor da condenação foi mantido, sendo considerado coerente e isonômico.

Observa-se que há mais cinco julgados que também tem por Relatora a Des. Rosane Portella Wolff, perante a Terceira Câmara de Direito Comercial.

No terceiro caso, no ponto que se refere à indenização por dano moral, a argumentação do voto repete àquela do acórdão anterior para sustentar a função punitiva. Diferenciando-se este caso, pois houve culpa concorrente, devendo o prejuízo ser repartido de modo proporcional. A relatora entende que as culpas tiveram a mesma medida, diminuindo pela metade o valor que seria integralmente devido.²³² Trata-se de mais um caso em que a função

²³² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2012.045519-2, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação declaratória de inexistência de dívida. Cancelamento de protesto com indenização por danos materiais e morais. Apelações recíprocas: Gildete Anderle da Silva EPP e York International Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI0puAAJ&cat_egoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

punitiva é invocada para arbitrar o dano moral, no entanto, não há influência do argumento sobre o *quantum* indenizatório.

Os demais casos da Terceira Câmara de Direito Comercial - Apelação Cível n. 2010.056860-6 (2014)²³³; n. 2009.043323-7 (2014)²³⁴; n. 2011.008444-0 (2014)²³⁵; n. 2011.050121-4 (2014)²³⁶, da mesma relatora, que tem em sua ementa a expressão “*punitive damages*”, versam sobre inscrição ou protesto indevido, não destoando dos analisados anteriormente, mantendo a mesma linha argumentativa para justificar a função punitiva.

Por fim, os outros quatro julgados que aparecem ao efetuar a pesquisa pela expressão “*punitive damages*” na ementa dos acórdãos do TJSC são da Primeira Câmara de Direito Público, tendo por relator o Des. Volnei Carlin.

Na Apelação Cível n. 2004.006224-9, houve responsabilização civil do município por executar dívida que já fora paga executado. As partes interpuseram apelação, tendo o município apelado pela reforma da sentença. No voto, o relator entende que o *quantum* indenizatório se mostra adequado para atender à teoria do desestímulo, argumentando que, para fixar o valor da indenização, os tribunais pátrios seguem “[...] o modelo constante nos países da Common Law. É importante traçar uma unicidade no processo indenizatório, até mesmo com função indutora ou inibidora de comportamentos anti-sociais, regra pétrea da responsabilidade

²³³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível e Recurso Adesivo n. 2010.056860-6, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Declaratória de Inexistência de Débito. Danos morais referente à duplicata. Apelante/Requerida Beatriz Assessoria e Administração de Condomínios Ltda Me. Apelada/Requerente Vlaviane Pereira Koch. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 23 de outubro de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI1CBAAX&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²³⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2009.043323-7, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Anulatória de protesto. Indenização por danos morais. Alegado protesto indevido de títulos. Apelante/Requerido Banco Santander S/A, Apeladas Esfera Comunicação Visual Ltda e outros. Apelado/Requerente Pittol Calçados Xanxere Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 18 de setembro de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI14SAAe&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²³⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível. n. 2011.008444-0, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Declaratória de nulidade do protesto de cheques. Apelante/Requerido Banco do Brasil S/A. Apelado/Requerente Pittol Calçados Xanxere Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 08 de maio de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGimWAAS&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²³⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2011.050121-4, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Declaratória de quitação de débito c/c anulação de título e cancelamento de protesto. Apelante Du-Art Empreendimentos Imobiliários Ltda. Apelado Betomáquinas Comércio e Conserto de Máquinas de Construção Civil Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 27 de março de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAGjZ6AAY&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

civil.”²³⁷ Assim, ainda que na ementa conste referência expressa à indenização punitiva, trata-se de mais um caso que busca justificar a utilização de um viés punitivo na reparação do dano extrapatrimonial confundindo os institutos.

No trecho de sua ementa que trata da fixação da quantia indenizatória tem-se:

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA VERBA - DIREITO COMPARADO.

Para aferição dos fatores determinantes do prejuízo moral, deve o juiz, em se valendo da experiência e do bom senso (art. 335, CPC), aplicar o princípio arbitrium boni viri, exteriorizado pela doutrina e pela jurisprudência, nas circunstâncias do caso concreto (case law), na gravidade do dano, nas condições do lesante e do lesado (punitive damages, como no direito da Common Law) e nas demais causas eficientes na produção da ofensa, sendo a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB) e apta a servir de elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, impedindo, desta forma, a recidiva.²³⁸

Observa-se que as outras as três Apelações Cíveis desta Câmara – n. 2002.020062-5 (2003)²³⁹; n. 2002.007879-0 (2002)²⁴⁰ e n. 2000.019426-3 (2001)²⁴¹ – seguem os mesmos moldes de argumentação para fixação do montante indenizatório, apresentando exatamente o mesmo excerto em sua ementa e, no voto, fazendo alusão à teoria do desestímulo e da dupla função da reparação do dano extrapatrimonial.

²³⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2004.006224-9, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização por danos morais, decorrente de execução fiscal ajuizada indevidamente. Apelante/Requerido Município de Araranguá. Apelado/Requerente Wolmar Alexandre Antunes Giusti. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 26 de abril de 2005. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAAAAAPkYHAAD&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²³⁸ Id., Ibid.

²³⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2002.020062-5, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização. Onibus cedido pelo Município de Xanxere para um encontro religioso no dia 31/8/1996, acidentou-se, causando a morte do motorista do onibus e mais um passageiro e ainda causando ferimentos na autora e mais outros passageiros. Apelante Tânia Terezinha Valendorf Ferraz. Apelado Município de Xanxerê. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 10 de abril de 2003. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAABAADoIFAAC&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²⁴⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2002.007879-0, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização em razão de ter tido o autor seu nome lançado indevidamente como devedor ao 1 Tabelionato de Protestos e títulos referente IPTU. Apelante Município de Balneário Gaivota. Apelado Deodato Gomes. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 22 de agosto de 2002. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAABAIFYKGAAB&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²⁴¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 2000.019426-3, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização por danos morais em razão de execução fiscal indevida. Autor Ildemar Egger. Réu Município de Florianópolis. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 19 de abril de 2001. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAABAHD3dAAA&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

3.5.2 STJ

Os acórdãos do STJ que contém o termo *punitive damages* em sua ementa são: AgRg no Ag 850.273/BA (2010)²⁴²; REsp 401.358/PB (2009)²⁴³; REsp 210.101/PR (2008)²⁴⁴; e REsp 913.131/BA (2008)²⁴⁵.

Todos se valem do seguinte excerto tratar da função punitiva na indenização por danos morais:

7. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

8. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

9. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

No entanto, em que pese a limitação expressa pela vedação ao enriquecimento sem causa, tem-se ainda um campo demasiadamente amplo para arbitrar a indenização de caráter

²⁴² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 2006/0262377-1, Quarta Turma. Indenização. Dano moral. Herdeiros. Legitimidade. *Quantum* da indenização fixado em valor exorbitante. Necessidade da redução. Agravante Gildásia dos Santos e Santos – espólio. Agravado Editora gráfica universal Ltda. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2001/0169166-0. Quarta Turma. Indenização. Dano moral. Notícia em periódico. Necessidade da redução. Recorrente/ Recorrido: Editora Abril S/A. Recorrido / Recorrente Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101691660&dt_publicacao=16/03/2009>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1999/0031519-7. Quarta Turma. Responsabilidade Civil. Danos Morais. Acidente de trânsito com vítima fatal. Recorrente Laura Nunes Pereira e outros. Recorrido Bureau Veritas do Brasil sociedade. Recorrido Antônio Luiz Magalhães Borges Alexandrino Classificadora Ltda. Recorrido Real Seguradora S/A. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 20 novembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900315197&dt_publicacao=09/12/2008>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2006/0267437-2. Quarta Turma. Indenização. dano moral. Publicação de foto em periódico. Recorrente Igreja Universal do Reino de Deus e outro. Recorrido Gildásia dos Santos e Santos - Espólio. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602674372&dt_publicacao=06/10/2008>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

punitivo, não há um parâmetro claro e fundamentado que separe o valor que pode ser indenização punitiva ou enriquecimento ilícito.

Sanseverino entende que essa reafirmação da dúplici função de indenização por dano moral que tem sido feita pelo STJ precisa de cautela, pois pode ensejar confusão com os *punitive damages* ou indenização punitiva, característico do Common Law, no qual é aplicado mediante critérios rigorosos e restritivos, tanto para seu reconhecimento quanto para sua quantificação.²⁴⁶

Em que pese a observação, observa-se que muitos julgados recentes – como aqueles vistos no TJSC e a menção a outros no próximo ponto – fazem menção expressa aos *punitive damages* para arbitrar a chamada indenização de caráter punitivo, não havendo, ao que parece, acidental confusão terminológica, mas talvez conceitual.

Destaca-se que as referências, na jurisprudência, ao caráter punitivo da indenização pelo dano extrapatrimonial, em sua maioria, sequer caracterizam o reconhecimento dos *punitive damages*, servindo meramente de fundamento para justificar a fixação de modo equitativo de indenização por danos extrapatrimoniais.²⁴⁷

Corroborando a ideia de que essa menção ao caráter punitivo se trata, em verdade, de recurso retórico, Mendonça afirma que a reprodução dos termos ‘compensação’ e ‘punição’ é feita de forma praticamente mecânica, sendo necessário analisar cada quantia indenizatória separadamente, “[...] abstraindo-se de eventual referência a uma postura supostamente punitiva.”²⁴⁸

Segundo Martins-Costa e Pargendler, o ato da jurisprudência em remeter aos *punitive damages* se trata de “[...] invocação desnecessária porque confundiu o ‘caráter punitivo da indenização’ (traço genérico da pena privada, atribuível, segundo forte doutrina, ao dano moral) com a ‘indenização punitiva (*punitive damages*).”²⁴⁹

Pode-se dizer que os tribunais, com posição consolidando-se pelo STJ, acolhem a noção de função punitiva (ou mista) da indenização. No entanto, não se trata de aplicação do instituto dos *punitive damages per se*, uma vez que estes são destinados a casos excepcionais.²⁵⁰

²⁴⁶ SANSEVERINO, 2010, p. 273.

²⁴⁷ Id., 2010, p. 273.

²⁴⁸ MENDONÇA, 2012, p. 90-91.

²⁴⁹ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 24.

²⁵⁰ Id., 2005, p. 23.

CONCLUSÃO

Na primeira parte da pesquisa, observa-se os conceitos de sanção e ato ilícito, bem como algumas das sanções civis previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Seguiu-se para as funções da reparação dos danos extrapatrimoniais ou danos morais, observando-se que a doutrina diverge quanto a aceitar ou não uma função punitiva – de finalidade dissuasória e preventiva – nessa reparação, considerando-se que a função tradicional, que constitui pilar desse instituto, é a indenização compensatória, seguindo o princípio da reparação integral que busca retornar o lesado ao estado que se encontrava no momento anterior ao dano ou que se encontraria caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

Na segunda parte, buscou-se examinar os institutos dos *aggravated damages* e dos *punitive damages*, do *Tort Law*, optando-se pelo enfoque ao Direito Inglês, onde os institutos surgiram e vem sendo amplamente debatidos, desde quando ganharam contornos no século XVIII e foram melhor delineados nos dois séculos seguintes.

A distinção que foi feita por alguns *leading cases* entre os *aggravated damages* e os *punitive damages*, atribui ao primeiro caráter de indenização compensatória, a ser computada como valor extraordinário ao da reparação pelo dano, incidindo em casos que provocam danos extrapatrimoniais agravados pela conduta do ofensor; e ao segundo, caráter punitivo, exercendo função de pena por conduta reprovável, servindo para dissuasão de novas práticas da conduta indesejável, bem como pena exemplar perante a sociedade, marcando aquele comportamento como inaceitável.

A separação entre os institutos acima mencionados se apresenta muito mais de maneira terminológica do que conceitual. Explica-se, ambas são indenizações com o mesmo objetivo: repreender conduta julgada especialmente ofensiva e gravosa. Ainda que se argumente que seu objeto ou função seja distinto (uma compensatória e outra punitiva), trata-se de questão argumentativa, pois ambas querem marcar condutas pela repreensão, demonstrando a forte desaprovação da sociedade por aquele comportamento ilícito, atribuindo-lhe pena pecuniária que não influi sobre o valor da reparação integral do dano, constituindo valor somado ao compensatório. Frisa-se que ambas são destinadas a um rol específico de condutas excepcionais, não devendo ser utilizados para qualquer situação, arbitrando-se valor expressivo.

As próprias explicações, vistas na jurisprudência, para sua divisão acabam por não esclarecer essa separação e evidenciar sua aproximação prática.

Assim, percebe-se que os *aggravated damages* e os *punitive damages* encontram-se numa divisão que não é clara como se pretende e incerta, tal como ocorre com a fixação da indenização, de caráter punitivo, pelo dano moral com dupla função.

Compreende-se que o limite dos institutos é arbitrário, passando-se a tratar, no terceiro capítulo da realização da função punitiva na reparação pelo dano moral no Brasil, comparando-se ao instituto dos *punitive damages* ou indenização punitiva.

Observou-se, da análise da doutrina e da jurisprudência, que o termo ‘indenização punitiva’ é muitas vezes, equivocadamente, utilizado em referência aos *punitive damages*, quando, em verdade, a jurisprudência o utiliza para justificar o caráter punitivo da indenização, confundindo-se com a dupla função apontada pela doutrina que defende o reconhecimento dessa função punitiva. Essa situação é a mais recorrente na jurisprudência, não se tratando de aplicação do instituto estrangeiro propriamente dito, até porque o aplica em situações que não seria possível se seguidas as restrições destes – como, por exemplo, arbitrando-se “indenização punitiva” pela violação de contrato, algo não previsto nas hipóteses de aplicação dos *punitive damages*).

Entende-se que a indenização punitiva, nos moldes ingleses, se trata de um instituto valioso que pode ser empregado nas relações em que uma das partes se vale da diferença de poder com a outra, causando-lhe intencionalmente um ilícito ou, ainda, em outras condutas excepcionalmente dolosas com graves prejuízos ao lesado. Essas situações não são escassas no cenário social e econômico atual, assim consiste em ferramenta de grande utilidade. No entanto, deve-se atentar para o fato de que se trata de punição com viés criminal, ainda que não o seja inteiramente, e é destinada à hipóteses restritas, não podendo assim ter suas hipóteses de incidência trivializadas, pois perderia a essência do instituto, que se aproxima da *ultima ratio* do Direito Penal.

Por fim, para sua aplicação no direito brasileiro há necessidade de sistematicidade sofisticada e bem desenvolvida, para que tente evitar parte dos problemas encontrados na doutrina estrangeira e não seja utilizada de forma arbitrária, sem alguma uniformidade pelos tribunais. O próprio Lorde Devlin, que estabeleceu parâmetros observados até hoje para sua utilização, entende que a figura dos *punitive damages* é anômala, mas que não pode ser extinta do Direito Inglês por encontrar-se enraizada.

Com efeito, ainda que a noção de sanção civil não seja estranha para países de tradição romano-germânicas, certamente houve um desenvolvimento diferente dessa noção e

sistematização, que não deve absorver a indenização punitiva “a qualquer custo”. Deve-se respeitar os fundamentos constitucionais de legalidade, cuidando-se para não fazer um uso excessivo de princípios a título de justificar a defesa dos direitos de personalidade, quando há, no nosso ordenamento, remédios previstos para sua defesa, o que não se confunde com a discussão doutrinária acerca da função punitiva da reparação do dano extrapatrimonial, que não encontra o mesmo óbice.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Doutrinas:

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed., verif., atual. e ampl. Por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4ª ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Civil** – Lei 10.406, 2002.

BROOKE, Henry. A brief introduction: the origins of punitive damages. KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 1 -3.

CUNNINGTON, Ralph. **The border between compensation, restitution and punishment**. Law Quarterly Review, London, v. 122, p. 382-386, 2006, p. 371

CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9ª ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 2009.

GOW, Henry. **A sorry tale; has Rowlands clarified the distinction between aggravated and exemplary damages?**, Reed Elsevier (UK) Ltd, New Law Journal, 02/02/2007.

KINGSLEY, Daniel. **Aggravated damages**. New Law Journal, London, v. 150, p. 216-220, 2000.

KIONKA, Edward J. **Torts in a nutshell**. 5ª ed., Estados Unidos da América: West Publishing Co., 2005.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. Revista CEJ, Brasília, no 28, p. 15-32, março de 2005.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Gustavo Tepedino. 11ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIRES, Fernanda Ivo. **Responsabilidade Civil e o caráter punitivo da reparação**. Curitiba: Juruá, 2014.

PETTEFI DA SILVA, Rafael; WALKER, Mark Pickersgill. **Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo**

estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Revista Sequência, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. No prelo.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013,

ROSENVALD, Nelson. **Punitive damages: tort liability from a civil law perspective**. Translated from the portuguese by Larissa Benevides and Christopher James Hodgson. São Paulo: Atlas, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEBOK, Anthony J.; WILCOX, Vanessa. **Aggravated damages**. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Eds.). **Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives**. Mörlenbach: SpringerWienNewYork, 2009. p. 257-274.

THEODORO Júnior, Humberto. **Dano moral**. 8ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense: 2016.

THE LAW COMMISSION. **Report no. 247: Aggravated, exemplary and restitutionary damages**. Londres: TLC, 1997. 196 p. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/04/LC247.pdf>>. Acesso em: 24/11/2016, às 00h40min.

VAN DEN BERGH, Tony. **Trade Unions – What are they?**, Exeter, 1970, p.134.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão**. Os punitive damages e o direito comparado brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

b) Jurisprudências:

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Consulta Jurisprudencial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 2006/0262377-1, Quarta Turma. Indenização. Dano moral. Herdeiros. Legitimidade. *Quantum* da indenização fixado em valor exorbitante. Necessidade da redução. Agravante Gildásia dos Santos e Santos – espólio. Agravado Editora gráfica universal Ltda. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602623771&dt_publicacao=24/08/2010>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 2001/0169166-0. Quarta Turma. Indenização. Dano moral. Notícia em periódico. Necessidade da redução. Recorrente/ Recorrido: Editora Abril S/A. Recorrido / Recorrente Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em : <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101691660&dt_publicacao=16/03/2009>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1999/0031519-7. Quarta Turma. Responsabilidade Civil. Danos Morais. Acidente de trânsito com vítima fatal. Recorrente Laura Nunes Pereira e outros. Recorrido Bureau Veritas do Brasil sociedade. Recorrido Antônio Luiz Magalhães Borges Alexandrino Classificadora Ltda. Recorrido Real Seguradora S/A. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 20 novembro de 2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900315197&dt_publicacao=09/12/2008>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 2006/0267437-2. Quarta Turma. Indenização. dano moral. Publicação de foto em periódico. Recorrente Igreja Universal do Reino de Deus e outro. Recorrido Gildásia dos Santos e Santos - Espólio. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em : <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602674372&dt_publicacao=06/10/2008>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

INGLATERRA. Câmara dos Lordes. **Cassell & Co. Ltd. V. Broome e outro, 1972**. Disponível em: < <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1972/3.html> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00.

_____. Câmara dos Lordes. **Rookes v. Barnard, 1964**. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00.

_____. Court of Common Pleas. **Huckle v. Money, 1763**. Disponível em: <<http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1799/225.pdf> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00.

_____. Court of Common Pleas. **Wilkes v. Wood, 1763**. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/CP/1763/J95.html> >. Acesso em: : 24/11/2016, à 01h00.

_____. High Court (Queen's Bench Division). **Collins Stewart Ltd and another v. The Financial Times Ltd, 2004**. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2004/2337.html>>. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00.

_____. Corte de Apelação. **Nicola Jane Richardson v. Iain Andrew Howie, 2004**. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/1127.html> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00.

_____. Corte de Apelação. **Susan Rowlands v. The Chief Constable of Merseyside Police, 2006**. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1773.html> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00.

_____. Corte de Apelação. **Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis, 1997**. Disponível em: < <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1997/3083.html> >. Acesso em: 24/11/2016, à 01h00.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Consulta Jurisprudencial. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 24/11/2016, às 00h40min.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Consulta Jurisprudencial. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#formulario_ancora>. Acesso em: 24/11/2016, às 00h40min.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação cível e Agravo retido n. 0001492-81.2006.8.24.0031, da Primeira Câmara de Direito Comercial. apelações cíveis reciprocamente interpostas por Transportes Izzi Ltda. e Transportadora Plimor Ltda. Relatora: Des. Janice Goulart Garcia Ubiali. Florianópolis, 10 de novembro de 2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAIOKTAAC&categoria=acordao_5 >. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação cível n. 2015.025956-8, da Quinta Câmara de Direito Civil. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais em razão da inscrição no cadastro de inadimplentes. Apelante Tim Celular S/A. Apelado Guilherme Castilho Fogolin. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 02 de julho de 2015. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAANrm7AAL&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação cível n. 2012.045519-2, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação declaratória de inexistência de dívida. Cancelamento de protesto com indenização por danos materiais e morais. Apelações recíprocas: Gildete Anderle da Silva EPP e York International Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbm QAACAAI0puAAJ&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação cível e Recurso Adesivo n. 2010.056860-6, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Declaratória de Inexistência de Débito. Danos morais referente à duplicata. Apelante/Requerida Beatriz Assessoria e Administração de Condomínios Ltda Me. Apelada/Requerente Vlaviane Pereira Koch. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 23 de outubro de 2014. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAI1CBAAX&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação cível n. 2009.043323-7, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Anulatória de protesto. Indenização por danos morais. Alegado protesto indevido de títulos. Apelante/Requerido Banco Santander S/A, Apeladas Esfera Comunicação Visual Ltda e outros. Apelado/Requerente Pittol Calçados Xanxere Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 18 de setembro de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAI14SAAe&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação cível. n. 2011.008444-0, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Declaratória de nulidade do protesto de cheques. Apelante/Requerido Banco do Brasil S/A. Apelado/Requerente Pittol Calçados Xanxere Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 08 de maio de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAGimWAAS&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação cível n. 2011.050121-4, da Terceira Câmara de Direito Comercial. Ação Declaratória de quitação de débito c/c anulação de título e cancelamento de protesto. Apelante Du-Art Empreendimentos Imobiliários Ltda. Apelado Betomáquinas Comércio e Conserto de Máquinas de Construção Civil Ltda. Relatora: Des. Rosane Portella Wolff. Florianópolis, 27 de março de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAGjZ6AAY&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação cível n. n. 2004.006224-9, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização por danos morais, decorrente de execução fiscal ajuizada indevidamente. Apelante/Requerido Município de Araranguá. Apelado/Requerente Wolmar Alexandre Antunes Giusti. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 26 de abril de 2005. Disponível em: <

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAAAAAPkYHAAD&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação cível n. 2002.020062-5, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização. Onibus cedido pelo Município de Xanxere para um encontro religioso no dia 31/8/1996, acidentou-se, causando a morte do motorista do onibus e mais um passageiro e ainda causando ferimentos na autora e mais outros passageiros. Apelante Tânia Terezinha Valendorf Ferraz. Apelado Município de Xanxerê. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 10 de abril de 2003. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAABAADoIFAAC&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação cível n. 2002.007879-0, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização em razão de ter tido o autor seu nome lançado indevidamente como devedor ao 1 Tabelionato de Protestos e títulos referente IPTU. Apelante Município de Balneário Gaivota. Apelado Deodato Gomes. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 22 de agosto de 2002. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAABAAFYKGAAB&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação cível n. 2000.019426-3, da Primeira Câmara de Direito Público. Ação de Indenização por danos morais em razão de execução fiscal indevida. Autor Ildemar Egger. Réu Município de Florianópolis. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 19 de abril de 2001. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=punitive%20damages&id=AAAbmQAABAAHD3dAAA&categoria=acordao>. Acesso em: 22/11/2016, às 17h00.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Consulta Jurisprudencial. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 24/11/2016, às 00h40min.

c) Teses:

WALKER, Mark Pickersgill. **Punitive damages: uma análise do instituto, perspectivas e crítica à atual aplicação**. 2013. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

Walker, M. **O modelo jurídico dos punitive damages nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos da América**. 2016. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Programa de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

d) websites:

1950-1964 Trade unions and post-war consensus. The National Archives, The Cabinet Paper. Disponível em: <<http://www.nationalarchives.gov.uk/cabinetpapers/alevelstudies/1950-trade-unions.htm>>, Acesso em 07/11/2016, às 12h20min.

Dicionário de Cambridge. Disponível em <<http://dictionary.cambridge.org/pt/>>, Acesso em 07/11/2016, às 12h20min.

Dicionário Merriam-Webster. Disponível em < <https://www.merriam-webster.com/>>. Acesso em 07/11/2016, às 12h20min.